



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente
Luis Eduardo Angel Alfaro

Mayo dieciocho (18) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	528383103001-2021-00032-01 (306)
Juzgado de primera instancia:	Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco – Nariño
Demandante:	Luis Alfonso Checa Salazar
Demandado:	Hospital de Ricaurte E.S.E.
Asunto:	Apelación sentencia. Se adiciona la sentencia.
Acta No.	212

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación formulado por los apoderados de las partes (demandante y demandada) contra la sentencia emitida el 23 de junio de 2022 por el Juzgado Civil del Circuito de Tuquerres, con conocimiento en asuntos laborales.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Luis Alfonso Checa Salazar, llamó a juicio al Hospital de Ricaurte E.S.E con el propósito que se **DECLARE:** que Luis Mauricio Checa Bisbicús laboró al servicio de la convocada mediante contrato de trabajo realidad, entre el 1º de septiembre de 2017 al 14 de septiembre de 2018, día de su fallecimiento,

desempeñando ininterrumpidamente labores de servicios de custodia y mantenimiento en las instalaciones de la entidad. Consecuencialmente, procura que se ordene a la pasiva pagar con indexación las obligaciones laborales adeudadas, tales, reajuste salarial, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás acreencias y/ derechos laborales, enlistados en el numeral primero de las pretensiones del libelo inaugural. Además, deprecia condena en costas a cargo de la demandada.

2. Hechos.

Los hechos con relevancia jurídico sobre los que el actor fundamenta estas pretensiones, se contraen a las siguientes:

El Hospital Ricaurte ESE, vinculó a Luis Mauricio Checa Bisbicús mediante contrato de prestación de servicios profesionales, a partir del 1º de septiembre de 2017 hasta el 14 de septiembre de 2018, fecha de su fallecimiento, tiempo en el que desempeñó funciones de custodia y mantenimiento de las instalaciones nuevas de la entidad, comúnmente denominado VIGILANTE o CELADOR, se detallan las funciones, ente otras, la de realizar eventualmente labores de servicios generales; se indica que se encuentran descritas en la página 70 del Manual Específico de Funciones.

Se afirma que el señor Checa Bisbicús, prestó personalmente el servicio, recibía órdenes de la gerente del Hospital, percibía un salario mensual de \$ 1.578.713, su trabajo era supervisado por el profesional de Talento Humano y cumplía horario distribuido entre los vigilantes de planta que cumplían la misma función. Que en cumplimiento de su trabajo el 14 de septiembre de 2018 a las 7:30 pm, hombres armados ingresaron a las instalaciones del hospital, impactaron contra él causándole la muerte. Que la ESE nunca atendió un programa de sistemas de seguridad y salud en el trabajo; además que, desconoció pago de prestaciones sociales. El interesado elevó reclamación administrativa el 30 de septiembre de 2020 obteniendo respuesta negativa.

2. Contestación de la demanda.

Trabada la Litis la ESE Hospital Ricaurte contestó la demanda, frente a los hechos aceptó unos y negó otros. Se opuso a las pretensiones incoadas por el demandante. Adujo en su defensa que el vínculo existente entre el señor Luis Mauricio Checa Bisbicús, y la E.S.E., fue netamente contractual-

administrativo, en la modalidad de contratos de prestación de servicios, relación amparada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en el principio de buena fe. Explica que desde el inicio de la relación contractual, el hoy fallecido, en pleno conocimiento y manifestando su propia voluntad, suscribió con su aquiescencia diferentes contratos de prestación de servicios, además que, las actividades se realizaron, i) en atención a la necesidad del servicio, ii) con autonomía y sin subordinación, iii) bajo la modalidad de coordinación para su cumplimiento, y iv) de forma temporal, no continuada, mientras era requerido, por lo cual no puede derivarse el reconocimiento de prestaciones sociales nacientes de una relación laboral, ni demás beneficios económicos solicitados por la parte actora.

Se afirma que, para la época del deceso del señor Checa Bisbicús, la empresa contaba y manejaba su sistema de seguridad y salud en el trabajo, tomando en cuenta el personal a su cargo. La situación acaecida con él, no comporta un hecho atribuible a fallas en el sistema de seguridad y salud en el trabajo, pues claramente se trató de un hecho violento, al margen del desarrollo de las actividades del contratista con el Hospital Ricaurte E.S.E., cuyos móviles son objeto de investigación por las entidades competentes.

Formuló como excepciones de fondo las de Inexistencia de la relación laboral, buena fe, indebida escogencia de la fuente de responsabilidad jurídica invocada por la parte actora, improcedencia de reconocimiento de sanción moratoria, improcedencia de reconocimiento de prima de servicios, prima de vacaciones, de la sanción por no consignación de cesantías, compensación, prescripción, inexistencia de causa y cobro de lo no debido y la innominada.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 23 de junio de 2022, en la que declaró que entre Luis Mauricio Checa Bisbicús y la ESE Hospital Ricaurte existió un contrato ficto de trabajo, entre el 1º de septiembre de 2017 y el 14 de septiembre de 2018, fecha del fallecimiento del trabajador por culpa patronal.

En consecuencia, condenó a la pasiva a pagar: Por concepto de cesantías la suma de \$1.141.361, por de prima de navidad \$1.049.097, por vacaciones \$532.130, por prima de vacaciones la suma de \$532.130, por indemnización moratoria la suma de \$42.933.333 diarios por cada día de salario por cada día

de retardo hasta que se verifique el pago de la obligación. Adicionalmente condenó al Hospital accionado a pagar por concepto de perjuicios el equivalente a 100 SMLMV al momento del pago. Declaró probadas las excepciones de mérito denominadas improcedencia del reconocimiento de prima de servicios e improcedencia de la sanción por no consignación de las cesantías planteadas por el Hospital de Ricaurte ESE y no probadas las demás. No condenó en costas.

Para arribar a lo decidido, previa valoración de los medios de pruebas, determinó que se demostró la prestación personal del servicio del señor Luis Mauricio Checa (qepd), sin que la ESE demandada lograra desvirtuar la subordinación, ni el pago de remuneración; además que incurrió en culpa patronal, en cuanto se configuró el nexo causal entre el fallecimiento del señor trabajador y la culpa del empleador, empero que el demandante Luis Alfonso Checa Salazar no acreditó la dependencia efectiva de su subsistencia frente al causante Luis Mauricio Checa Bisbicús.

4. La apelación.

Parte demandante.

Manifiesta su inconformidad parcial contra la anterior decisión, formulando los siguientes reparos.

Se duele por el no reconocimiento de ajuste salarial, arguyendo que con el Acuerdo 008 visible en la página 106 del expediente, se determinan las asignaciones salariales, indicando que para el celador o vigilante para el año 2018 era de \$1.578.000 mil pesos, suma que realmente debió devengar y que es superior a la señalada en los contratos de prestación de servicios. En razón de lo anterior, solicita que se reliquiden las prestaciones sociales y demás derechos laborales.

Discrepa de la negativa de condenar a la sanción por el no pago de cesantías, arguye que, si bien la Ley 50 del 90 determina su aplicación solo para el sector privado, la Ley 344 del 1.996, en el artículo 13, la ley 244 de 1.995 o la 1071 del 2006, extienden este derecho a los trabajadores oficiales. Que en este caso, procede este derecho por ser evidente el no pago de cesantías. De igual manera, reclama condena por la prima de servicios y los intereses de cesantías, alegando que también son aplicables a los trabajadores oficiales.

Cuestiona que la A quo, no haya considerado la devolución de aportes y solicita que el Tribunal revise la documental aportada con la contestación de demanda visibles, a folios 79, 69 68 o 65 donde obran las constancias de pago de la planilla de Seguridad Social, que era exigible por parte de la E.S.E Hospital Ricaurte para hacer el pago del contrato.

Se duele de la negativa de los perjuicios materiales y exhorta su reconocimiento en esta instancia, bajo la egida que de la prueba testimonial da cuenta de la dependencia económica del actor respecto del fallecido, critica que se diga que no se probó dependencia afectiva, pues ésta se puede extraer de los mismos argumentos que dieron lugar a la condena por perjuicios morales.

Por último, cuestiona la absolución de condena en costas, advirtiendo que esta carga procesal se impone a la parte que resulte vencida en el litigio, que en este caso fue la convocada.

Parte demandada.

Inicia aduciendo que la tacha debía tenerse por probada desde el momento en que la señora (*sic*) manifestó que era la hermana del demandante, circunstancia desconocida, dado que ni siquiera se referenció en la demanda, por lo que no había otra oportunidad para interponerla, por el desconocimiento previo del vínculo de consanguinidad que existía entre la testigo y el demandante, entonces, fue oportuna su interposición, por ello, solicita tener en cuenta esta circunstancia a efectos de valorar con rigurosidad el testimonio de la señora Arteaga.

Sostiene que no existe ninguna prueba que demuestre el vínculo laboral que existía entre el Señor Luis Mauricio Checa y la entidad, que él obró con plena autonomía, no se demostró subordinación, que las documentales tenidas en cuenta por la A quo no son suficientes para establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar para establecerla, advierte que aquel, no ejercía actividades de mantenimiento, porque las mismas testigos dijeron que esas instalaciones se encontraban descuidadas, que había maleza, por lo tanto, no había quien le haga ningún requerimiento. Que es claro que el difunto tenía cierta autonomía para poder ejercer sus actividades de custodia, siendo claro que la vinculación entre las partes es netamente contractual administrativa y

en la modalidad de los contratos de prestación de servicios, que de ninguna manera se demostró que alguien hacía control a sus actividades. Señala que los contratos de prestación de servicios obedecieron a la necesidad que en ese momento se tenía la entidad, pues si bien para la fecha había unos contratos en la planta creados de personal, esta situación solamente la puede esclarecer la gerente, por lo que pide se la escuche para que aclare esta circunstancia; agrega que habían dos plazas de vigilantes creadas en la planta de personal que al no resultar suficientes para cubrir todas las necesidades de vigilancia de la entidad, se acudió justificadamente a la figura del contrato de prestación de servicios para cubrirlos. Precisa que de la prueba testimonial no se pudo acreditar la subordinación, la prestación personal, ni el salario; además que, la figura del supervisor, quien tenía la responsabilidad de verificar el cumplimiento de las actividades, con la presentación de los informes, de ninguna manera representa tal subordinación.

Se vale de un extenso discurso para desconocer la culpa patronal, dirigido a resaltar la falta de pruebas que den lugar a establecerla; asegura el alzado que el señor Luis Mauricio Checa no se encontraba ejerciendo algún tipo de labor derivada de vigilancia, que a la hora de su muerte no estaba dentro de las instalaciones, que de haber sido así, no habría sido posible llevarlo al hospital. Señala que ningún manual de Sistema de Seguridad Social de Salud en el Trabajo puede alertar sobre la ocurrencia de un hecho violento como fue la muerte del citado trabajador provocada por arma de fuego, más aún, en un contexto en el que se desconoce cuál fueron los móviles del mismo, poniendo en entredicho el hurto, por no tener sentido entrar con ese fin en unas instalaciones vacías, sin energía, en apariencia abandonadas, donde ni siquiera funcionaba ningún tipo de oficina, por tanto, resalta que existe culpa patronal, dado que no existe un nexo entre una labores de custodia con el homicidio.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Bajo el espectro de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso.

El demandante, reitera su inconformidad sobre la decisión de negar condena por reajuste salarial, sanción por no pago de cesantías, devolución de aportes al sistema de seguridad social, perjuicios materiales derivados de la culpa

patronal y condena en costas, para lo cual, reproduce los argumentos expuestos en la alzada.

La parte demandada, en procura que se revoca la sentencia, manifiesta que no existe en el proceso prueba indicativa de vínculo laboral entre el señor LUIS MAURICIO CHECA BISBICÚS; que quedó claro que era netamente contractual-administrativo, en la modalidad de contratos de prestación de servicios, relación amparada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así como el principio de buena fe. Que la A quo desconoció que, de las pruebas documentales, puede concluirse que la celebración de los contratos de prestación del servicio con el Señor CHECA BISBICÚS, obedecieron a la necesidad que en ese momento tenía la entidad. De otro lado, frente a la culpa patronal, alega que no se tuvo en cuenta que en esos hechos fallecieron dos personas; que el cuerpo de LUIS MAURICIO, estaba fuera de las instalaciones del Hospital Ricaurte ESE, mismas que no estaban en funcionamiento porque su atención se sucedió en la sede antigua, donde efectivamente se hizo la Necropsia. Agrega que, los servicios de custodia y mantenimiento, nada tienen que ver o no tienen relación con repeler actos que alteran el orden público, como lo es, el accionar violento de personas en la vía pública, más aún cuando no se conoce su vínculo con la segunda persona fallecida en los hechos.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En virtud de lo previsto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la competencia del Tribunal se subsume exclusivamente a la inconformidad planteada en la alzada.

2. Problemas jurídicos.

De acuerdo a los reparos concretos efectuados en la apelación y en atención a la consulta que se surte a favor de la demandada, se plantean los siguientes problemas jurídicos:

¿Existen elementos fácticos, probatorios y legales para darle al demandante la calidad de trabajador oficial y por ende establecer que hubo contrato realidad de trabajo con el Hospital de Ricaurte E.S.E.?

¿Se ajusta a derecho la decisión de la A quo de negar reajuste salarial, sanción por no pago de cesantías, devolución de aportes al sistema de seguridad social, prima de servicios, los intereses de cesantías, y la condena en costas?

¿Debió exonerarse a la convocada al litigio de la sanción moratoria?

¿Hubo culpa patronal en el deceso de Luis Mauricio Checa como lo definió la A quo? Si ello es así, además de los perjuicios morales a los que se condenó a la pasiva, ¿tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago de perjuicios materiales?

3. Respuesta a estos planteamientos.

De la calidad de trabajador oficial del demandante y el contrato realidad de trabajo con la E.S.E. demandada.

Se precisa que el Hospital de Ricaurte E.S.E. fue creado como una Empresa Social de Estado del orden municipal mediante acuerdo No. 011 del 29 de septiembre de 2006 de 1995¹, emanada del Concejo Municipal de Ricaurte Nariño, cuya naturaleza jurídica de conformidad con el Decreto 1876 de 1994², es descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

De acuerdo a lo anterior, cumple recordar que fue con la expedición de la Ley 100 de 1993, que se originaron las Empresas Sociales del Estado, las cuales al tenor del artículo 194 de dicha normatividad, permiten la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, mediante una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

El artículo 195 *ibidem*, determina en su numeral 5º que las personas vinculadas con este tipo de entidades tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

El artículo 26 de la mencionada Ley 10 de 1990, señaló la clasificación de los

¹ Folio 112 anexo demanda archivo 02

² "Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado."

empleos en la estructura administrativa de la Nación, de sus entidades territoriales o descentralizadas, determinando que serían de libre remoción o de carrera administrativa y en su párrafo estableció de manera categórica que son trabajadores oficiales, "**quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones (...)**", dispositivo que encontró eco en la ley 443 de 1998³, que incluyó dentro de su campo de aplicación a las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Así, es claro que la calidad de empleado público no se determina por la forma de vinculación a la Administración, ni por manifestarla las partes, por acuerdo de éstas o por clasificación que haga en forma unilateral la entidad oficial a la cual se presta el servicio, pues, para la clasificación de quienes laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado, se acogió como principio general de categorización el criterio orgánico, vale decir, que es la naturaleza jurídica de la entidad la que determina el carácter de la vinculación de sus empleados, acudiendo de manera excepcional al criterio funcional, referido a las funciones que desarrolla el servidor, para calificar como trabajadores oficiales a quienes desempeñen cargos no directivos de servicios generales.

La jurisprudencia especializada⁴ de vieja data tiene decantado que la carga de la prueba enseña que sólo es posible catalogar a un servidor público de una empresa social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, de que su labor está relacionada con tales actividades –mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales-, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos. La ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que el servidor público sea catalogado como empleado público, merced a la mentada regla general; enfatizando: "*Al paso de tales premisas, el mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría*"

Conservando esa línea de pensamiento, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1334 del 18 de abril de 2018 radicación No 63727, reiteró lo dicho en sentencia SL18413 del 7 de noviembre de 2017,

³ Por medio de la cual se expidieron normas sobre carrera administrativa.

⁴ Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, MP doctor Gustavo José Gnecco, Radicación 36668 del 29 de junio de 2011

radicación No 46128, explicando lo que debe entenderse por «*mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales*» dentro de una E.S.E, en los siguientes términos:

"Así las cosas, es preciso analizar qué se entiende por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales». Jurisprudencialmente, esta Sala en providencia del 21 de junio de 2004, dentro del proceso conocido con el rad. N° 22324, explicó lo siguiente:

«...los 'servicios generales' dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran».

Posteriormente, en sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. N° 36668, respecto al mismo tema señaló:

*El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, **vigilancia o celaduría**.*

Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 22 de jun. 2006, rad. T-485/06, razonó:

*No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían (i) actividades de mantenimiento de la planta física, "aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían (ii) servicios generales, "aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria." (...) "Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual." Dentro de tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, **la vigilancia**, y cafetería. (la negrilla y subraya no es del texto original)*

En consecuencia, si el actor pretende ser catalogado como trabajador oficial, en virtud del principio de la carga de la prueba que regula el artículo 167 del C.G.P., aplicable en esta materia por el principio de integración normativa, le corresponde demostrar que sus funciones correspondían a las de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, y por consiguiente, que su vinculación se dio mediante un contrato ficto de trabajo, ya que como se dijo, en forma excepcional se aplica el criterio funcional para clasificar a los trabajadores oficiales de las Empresas Sociales del Estado.

En el asunto bajo estudio, encuentra la Sala que el promotor del juicio, acreditó la vinculación del señor Luis Mauricio Checa Bisbicús con la E.S.E. Hospital de Ricaurte (N), a través de varios contratos de prestación de servicios para desempeñarse en labores de prestación de servicios de custodia y mantenimiento de las instalaciones nueva sede HOSPITAL RICAURTE y algunas labores de servicios generales, como consta a folios 29 a 36 anexos a la demanda, aspecto que no fue materia de debate en la presente Litis, pues en la contestación de la demanda se acepta la contratación a través de tales contratos y el cargo ejercido por el demandante, situación que a la luz de lo preceptuado en el artículo 193 C. G. del P., se erige como confesión por apoderado judicial. Así mismo, en el texto de los referidos contratos, no se impuso a cargo del señor CHECA BISBICÚS el cumplimiento de labores médico-asistenciales o de urgencias, que permitiera inferir que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, su condición fuera la de un empleado público y no la de trabajador oficial.

Lo anterior se corrobora con las versiones rendidas por las señoras Nancy Margarita Mejía Fierro y Amparo Arteaga Salazar; **la primera**, dice haber sido amiga del difunto por 20 años, le consta que trabajaba para el Hospital demandado como vigilante, aseverando que varias veces fue a dejarle almuerzo, a veces café o en las tardes comida, **la segunda**, dice ser hermana del actor, afirmando que el difunto era vigilante del Hospital, que hasta el día que falleció le fue a dejar almuerzo y estaba trabajando. En conclusión, luego de analizar las pruebas obrantes en el expediente, se evidencia que el señor Checa Bisbicús ejecutó funciones relacionadas con servicios generales en la planta física del ente demandado, específicamente la de vigilante, por lo que se encuentra acreditada su condición de trabajador oficial.

Precisado lo anterior y la irrefutable prestación personal del servicio del

accionante en favor de la convocada a juicio, deviene inexorable la aplicación de la presunción contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, que dispone que *"El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción"*.

Bajo este lineamiento legal, la jurisprudencia especializada tiene decantado que con la simple demostración de la prestación del servicio se presume el contrato de trabajo, **sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral**. Así lo reiteró en reciente pronunciamiento **-SL 411- del 8 de marzo de 2023-** en que el trajo a colación lo dicho por la misma Corporación en sentencia CSJ SL 965-2021, donde se precisó:

"...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."

De esta manera, al invertirse la carga de la prueba, le corresponde a la accionada desvirtuar la presunción antes señalada, dirigiendo toda su actividad probatoria para demostrar que, en efecto, la relación jurídica que envolvió a las partes en contienda se caracterizó por un trabajo autónomo e independiente, sin visos de subordinación, como es lo propio de un contrato de prestación de servicios, a la luz de la normativa que rige la contratación estatal, Ley 80 de 1993; carga probatoria con la que no cumplió, pues del extenso discurso argumentativo traído por el alzadista que representa los intereses de la entidad pública llamada a juicio, no resulta suficiente para derruir la decisión que en este sentido adoptó la operadora judicial de primer grado, pues a la postre, está orientado a discutir déficit probatorio de la subordinación por parte del actor, con lo que se denota desconocimiento de los efectos de la presunción legal que contempla el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, esto es, que le correspondía a la pasiva desvirtuar la presunción en comento, sin que sirva de prueba para lograr tal cometido, el hecho que insistentemente menciona referente a que el sitio que le había sido asignado al extinto trabajador para custodiar, correspondía a las instalaciones viejas, que estaban vacías, porque aún no estaba en el funcionamiento el hospital que estaba por

estrenar, pues lo aquí relevante, independientemente de las condiciones que la censura alega que se encontraban las instalaciones custodiadas por el extrabajador fallecido, era que dentro de ellas, cumplía el horario asignado y si habían algunas funciones que en virtud del cargo no ejercía, no era por causas atribuibles al trabajador.

Lo anterior sería suficiente para dar por superado el tema de la subordinación, empero, no está de más decir que, si bien es cierto las testigos Nancy Margarita Mejía Fierro y Amparo Arteaga Salazar, dijeron no haber presenciado que se dieran órdenes al ex trabajador, en el ejercicio de sus funciones, - *lo cual no es extraño si se tiene en cuenta que ninguna relación tenían con la entidad*-, a la postre, ello no es determinante para concluir que no las recibía y que por ende fue autónomo en la ejecución de sus actividades, pues, conforme el documento distinguido como "*TURNOS VIGILANTES NUEVO HOSPITAL MES DE SEPTIEMBRE*"⁵, suscrito por la gerente y el coordinador de talento humano, luce claro que, además de establecer categóricamente las fechas y horarios en los que debían cumplir los turnos de vigilancia, enlistan un catálogo de requerimientos dirigidos entre otros señor Luis Mauricio Checa (q.e.p.d.) de los que fácilmente se extracta el poder subordinante que tenía la entidad respecto de quienes ocupaban de vigilantes, con el que podía decidir la forma y el horario en que debían desarrollar tal labor, lo cual se aleja de la independencia que genera el verdadero contrato de prestación de servicio, en virtud del cual, es el contratista quien determina las circunstancias temporoespaciales en la que ejerce el objeto del contrato, siendo lo importante el cumplimiento del mismo.

De otro lado, debe decir la Sala que, los pagos que remuneran directamente el servicio son salario y no dejan de serlo por la simple manifestación del empleador o por el acuerdo entre las partes, por lo que en el sub lite, la contraprestación acordada al momento de suscribir los llamados contratos de prestación de servicios, corresponde al salario, por lo que no se puede desconocer como lo hace la censura.

Luego entonces, no se requiere de mayores disquisiciones para secundar el análisis de la A quo para dar por probada la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario, puestos en entredicho por la entidad impugnante. Es de advertir que no discutió los extremos temporales fijados en primera instancia

⁵ Ver folio 371 expediente unido

Dilucidada la calidad de trabajador oficial del extinto Luis Mauricio Checa y la existencia de un contrato realidad de trabajo, pasa la Sala a verificar, si debió la funcionaria de primer grado irrogar condena a cargo de la parte demandada por reajuste salarial, sanción por no pago de cesantías, devolución de aportes al sistema de seguridad social, prima de servicios, los intereses de cesantías, y la condena en costas, conforme lo reclama el demandante.

Antes de abordar el estudio de estos items, importa dejar en claro que en la sentencia apelada **se declaró no probada la excepción de prescripción, y se fijaron como extremos temporales del 1º de septiembre de 2017 al 14 de septiembre de 2018, aspectos no fueron objeto de ningún reparo**, por lo que, a efectos de analizar la procedencia de los citados conceptos, se tendrá en cuenta la causación de los mismos durante todo el tiempo laborado por el difunto ex trabajador.

Del reajuste salarial.

Reclama el actor reajuste salarial, arguyendo que en el Acuerdo No 008 del 14 de diciembre de 2017⁶, en el que se aprobó las asignaciones salariales para el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2018, del que se vislumbra que, para el cargo de vigilante o celador quedó en \$ 1.578.713, 00, superior al determinado en los contratos; que, valga decir, era \$ 1.000.000,00 mensual, tal como consta en los contratos que cursan a folios 29 y siguientes anexos a la demanda (Archivo 02)

Al respecto, advierte la Sala que, si bien es cierto, en dicho acuerdo se estableció un salario determinado para el cargo de celador-vigilante, no se vislumbra de los medios probatorios que efectivamente se materializó el cargo con personal vinculado a la planta de personal oficial de la entidad; y de otro lado, la simple denominación de los cargos no es suficiente para acreditar que el señor Checa Bisbicús realizó las mismas funciones que otros asalariados, en igualdad de condiciones, de eficiencia y de eficacia; es más, se echa de menos probanza que permita establecer de manera clara y precisa que durante el tiempo laborado, existía en la nómina de la E.S.E. accionada un trabajador que, ejerciendo el mismo cargo, con idénticas funciones, efectivamente devengaba el salario fijado en el aludido acuerdo; y, no lo hay, en cuanto tal como la entidad flagrantemente lo reconoce en la certificación que obra a folio 93 del

⁶ Folio 109/110 anexo a la demanda. Archivo 02

archivo 07 que, existiendo en la mencionada anualidad dos plazas para celadores, las cubrieron con personal mediante contrato de prestación de servicios.

Tampoco se acreditó en concreto cuáles fueron los valores que se dejaron de pagar para efectos de verificar lo devengado con lo que realmente dejó de recibir, pues se insiste, aunque en la reseñada documental se estipule un valor salarial, la misma no es suficiente para este menester, pues en la realidad, no es posible determinar a ciencia cierta si hubo personal de planta que trabajando en las mismas condiciones del trabajador devengara un mayor salario, pues solo así, con sujeción al principio que prevé que a trabajo igual salario igual, se ampararía el pretendido reajuste salarial.

Aunado a lo anterior, entre el año 2017 y 2018 la remuneración del actor, superó el salario mínimo, lo que le permite a la empresa, ejercer una movilidad salarial, siempre y cuando no transgreda derechos mínimos irrenunciables del trabajador que, en este caso, de cara a lo devengado por el fallecido, no se atisba.

Recapitulando, este punto de apelación no encuentra eco en esta instancia.

De la Sanción por no consignación de cesantías.

Este Colegiado, tenía sentado el criterio, según el cual, la indemnización regulada en el inciso 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no cobijaba a los trabajadores oficiales, al considerar que en el ordenamiento jurídico no existía norma que lo regulara.

Sin embargo, ahora recoge tal postura, para adoptar el criterio emitido por la jurisprudencia especializada en la que, en sentencia de instancia SL 582 de 2021 y más recientemente en la SL354 de 2023, concretó que la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, debe también aplicarse a los servidores públicos del nivel territorial por así haberlo dispuesto el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998.

En términos de la Corte: "Por tanto, los servidores públicos del nivel territorial, vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que se afilien a los fondos privados de cesantías en virtud del Decreto 1582 de 1998, quedan sometidos al régimen de liquidación y pago de cesantías consagrado en la Ley 50 de 1990,

del cual hace parte integral la sanción moratoria establecida por la no consignación de las cesantías”.

Así, este tema de apelación, encuentra éxito. En armonía con ello, efectuada por el Tribunal la liquidación de la aludida indemnización por el periodo a los que el actor tiene derecho por no haber sido afectado de prescripción, arroja un resultado de \$ 7.000.000,00 .

De la devolución de aportes al sistema de seguridad social.

Sobre el concepto aludido, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que una vez se encuentre acreditada la existencia de una relación laboral nacen para el trabajador todos los derechos y acreencias laborales que se derivan de ese vínculo jurídico, y que son inherentes a él, por su naturaleza o por disposición de la misma ley, tales, los aportes a la seguridad social *-entre otros-*. Bajo esta línea de pensamiento, en copiosas providencias, ha dispuesto la restitución al trabajador del valor correspondiente al porcentaje de las cotizaciones al sistema de seguridad social integral en pensiones que le concernían al empleador durante el tiempo que le prestó sus servicios, debidamente indexados; por mencionar algunos de los pronunciamientos de la alta Corporación, se enuncian: SL4345-2020, SL146-2021, SL4633-2021, SL5562-2021, SL3092-2022, SL4272-2022.

En este caso, la A quo negó esta pretensión arguyendo falta de prueba del pago de las cotizaciones, sin embargo, auscultado el expediente, observa la Sala a folios 367, 368, 374 y, 378 del expediente unido, constancia de pago del periodo correspondiente a agosto de 2018; en consecuencia, se adicionará la sentencia apelada, en el sentido, de condenar a la accionada a pagar al actor el valor de las cotizaciones que el difunto Luis Marino Checha tuvo que asumir sin estar obligado a ello, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, el empleador deberá asumir el 100% del valor del aporte. Luego, según el reporte de pagos en pensiones, en concreto se adeuda al demandante la suma de \$ **209.752.00** a la cual deberá ser condenada la demandada.

De la prima de servicios.

No le asiste razón al impugnante al reclamar el reconocimiento y pago de prima de servicios, como quiera que esta prestación, conforme lo dispone el

Decreto 1042 de 1978, solo procede respecto a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional; y, si bien en el Decreto 2351 de 2014, modificado por el Decreto 2278 de 2018, dispuso que también procede para empleados públicos de entidades del orden territorial, conforme la exegesis del artículo primero, se entiende que se mantuvo solo para esta categoría de servidores, pues no se extendió expresamente para trabajadores oficiales.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1174-2022⁷, al definir sobre la prima de servicios para un trabajador oficial de una Empresa Social del Estado "E.S.E.", sostuvo: *En la sentencia CSJ SL15263-2016, reiterada recientemente en CSJ SL2614-2021, la Corte analizó la procedencia de la prima de servicios en un asunto semejante y advirtió que aunque está prevista en el Decreto 1042 de 1978, solo procede respecto a los empleados públicos de la Rama ejecutiva del orden nacional, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia CC C-402 de 2013, de modo que no es posible extender este beneficio a los servidores de entidades descentralizadas, pese a lo dispuesto en el Decreto 1919 de 2002.*"

De los Intereses a las cesantías.

Frente a este concepto, importa precisar que esta Colegiatura en asuntos con entornos similares al que ocupa nuestra atención, fundada en la falta de norma que los consagre para los trabajadores oficiales y a cargo del empleador, de conformidad con el artículo 3° de la Ley 41 de 1975 y en la pauta de la jurisprudencia especializada contemplada en la sentencia SL1140-2016, radicado 47590, que preveía que: *"En cuanto a los intereses a las cesantías, no procede su pago como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala, que está en armonía con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia CC C-625/98 en la cual declaró la exequibilidad del artículo 12 de la Ley 432 de 1998, y precisó que «el pago de los intereses está a cargo del Fondo y no de los empleadores», venía negando el reconocimiento de este concepto.*

No obstante, tras advertir que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en criterio plasmado *-entre otras-* en las sentencias SL5055 del 25 de octubre de 2021 y SL 1174 del 9 de febrero de 2022 (Rad. 84079), morigeró su posición al sostener *"en cuanto a los intereses a las*

⁷ Sentencia del 26 de enero de 2022, Radicación 84079. M.P. Dr. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

cesantías importa destacar que los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 1.º del Decreto 1582 de 1998 consagran que los trabajadores oficiales del nivel territorial que se vincularon a partir del 31 de diciembre de 1996 se les aplicará el régimen de liquidación y pago de cesantías conforme a la Ley 50 de 1990, que en su artículo 99 consagra aquellos intereses”, y bajo este criterio ordenó su pago a un trabajador oficial, en ese orden, este Colegiado se aparta de la postura que venía sosteniendo, para acoger la reseñada pauta jurisprudencial, y en esa dirección decir que el actor tiene derecho al reconocimiento de los mencionados réditos, en los periodos que no quedaron afectados de prescripción.

Acorde con lo dicho, conforme a las operaciones aritméticas realizadas por esta colegiatura le corresponde al demandante por intereses a las cesantías, la suma de **\$ 179.737,00.**

De las costas procesales.

Dentro de los reparos traídos en apelación por la parte demandante, esta su inconformidad porque no se condenó en costas a la pasiva.

Al respecto, importa memorar que, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso.

A su turno, el artículo 5º de la citada codificación, prevé que, en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión, normativa que acogió la funcionaria judicial para exonerar de costa a la pasiva, al considerar que hubo prosperidad parcial de las excepciones, decisión ajustada a la legalidad en cuanto conforme su decisorio, en efecto encontró con vocación de prosperidad unos medios exceptivos. Por ello, en atención a la facultad discrecionalidad que tienen los jueces para decidir si se abre paso a esa imposición, no se hará ningún reproche frente a su determinación. Por tanto, este punto de reparo no prospera en esta instancia.

De la Indemnización moratoria

En lo que atañe a esta sanción impuesta al Hospital de Ricaurte E.S.E., por la sentenciadora de primer grado encuentra eco en esta instancia porque haber ocultado la verdad contractual valiéndose de contratos de prestación de servicios pone sobre la palestra que actuó de mala fe. Al respecto la jurisprudencia especializada (Sl 4272 de 2022) decantó que *“..esta clase de contratos y las certificaciones que los acreditan, no son prueba suficiente de un actuar desprovisto de buena fe, sino porque, por el contrario, acreditan la intención de ocultar verdaderas relaciones laborales”*. En esencia la labor desplegada por el extinto trabajador, como ya se estableció en precedencia, es típica a la de un trabajador oficial, por ende, resulta injustificada la omisión en el reconocimiento de prestaciones sociales, por lo que, siendo un hecho acreditado que la convocada se encuentra con deuda pendiente por prestaciones sociales entre otros derechos laborales, con acierto la A quo la condenó a la referida sanción. Por consiguiente, la misma se refrenda por el Colegiado.

De la culpa patronal (Art. 216 CST)

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4665- 2018, radicado 67090⁸ del 3 de octubre de 2018 señaló:

*“Para que proceda una condena por indemnización plena de perjuicios con base en la culpa patronal, esta Sala ha considerado que el demandante no solo está llamado a demostrar que hubo culpa del empleador en el insuceso. Como quiera que se imputa una responsabilidad subjetiva de naturaleza contractual, **resulta menester demostrar la culpa del empleador, el daño o perjuicio ocasionado y el nexo de causalidad entre el primero y el segundo**”*.

Y en pronunciamiento SL 5300-2021 del 20 de octubre de 2021, con radicado 70072¹⁰; la alta Corporación, precisó:

*“En otras palabras, la culpa se ha de comprobar de cara a los deberes de prevención de los riesgos laborales que corresponden al empleador y se configuren como causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral. **Para establecer la culpa, se evaluará la conducta del empleador, esto es, si él actuó con negligencia o no en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores que le corresponden para evitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales**, bajo el estándar de la culpa leve que define el art. 63 del CC.*

⁸ M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

⁹ Corte Suprema de Justicia; sentencia SL4665-2018.

¹⁰ M.P. Omar Ángel Mejía Amador

.....

En orden de lo anterior, esta Corporación ha establecido que la carga de la prueba de la culpa del empleador, por regla general, debe ser asumida por la o las víctimas del siniestro, de modo que ellos tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción, omisión, o de un control ejecutado de manera incorrecta que constituyan el incumplimiento de las obligaciones de prevención o su incumplimiento imperfecto, CSJ SL5154-2020.”

(“...”)

1.2 *En cuanto al nexo causal que debe existir entre la culpa del empleador y el daño causado, la jurisprudencia de esta Sala también tiene enseñado que, en la culpa basada en un comportamiento omisivo, no basta la sola afirmación genérica del incumplimiento del deber de protección o de las obligaciones de prevención en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió la omisión que llevó al incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador y la conexidad que tuvo con el siniestro, para efectos de establecer la relación causal entre la culpa y el hecho dañino, pues nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él, CSJ SL2336-2020¹¹.*

En esa línea de pensamiento, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral¹², precisó:

*“Lo primero que debe recordarse, es que para que haya lugar al resarcimiento de perjuicios que prevé el artículo 216 del CST, **es necesario que esté suficientemente acreditado la ocurrencia de una culpa patronal**, lo que implica que al trabajador le corresponde demostrar que su empleador faltó a «aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios», y a este contraprobar «que tuvo la diligencia y cuidados requeridos, para que quede exento de responsabilidad». (CSJ SL 17026-2016)*

*Sin embargo, en casos como el presente, en los que se imputa al empleador una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, ha dicho la Corte que corresponde a este «... demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, **mediante la aportación de pruebas que acrediten que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores**», lo que se traduce en la inversión de la carga de la prueba, ante la existencia de una negación indefinida, en los términos del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP, se itera, aplicable al proceso ordinario laboral por la remisión del artículo 145 del C.P.T.S.¹³”.*

Y, en las las hilvanaciones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia consignada en la SL 546 del 17 de febrero de 2021, precisó que ...“el referente con el que se mide el grado de diligencia exigido al empleador en perspectiva del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, no es otro que el clasificado en el artículo 63 del Código Civil como culpa leve; es decir, el que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear «diligencia o cuidado

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5300-2021

¹² SL 11147 del 18 de julio de 2017, radicado 48424. M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado; ratificando

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL11147-2017

ordinario o mediano» en la administración de sus negocios”.

A partir de estas pautas legales y jurisprudenciales, aborda el Tribunal el estudio de los medios de prueba acopiados al proceso, con el propósito de desentrañar la verdad de lo ocurrido respecto del siniestro que causó la muerte a Luis Mauricio Checa (qepd) y si son idóneas para establecer la culpa suficiente del empleador en la ocurrencia del mismo; para ello, se memora que, con la demanda, con ocasión de tal infortunio, se deprecia indemnización de perjuicios con fundamento en la omisión de obligaciones y deberes por parte de la demandada, conforme a lo establecido el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para resolver lo que en derecho corresponda, inicia la Sala dejando en claro que no se presenta discusión de la ocurrencia del hecho violento, el 14 de septiembre de 2018, en el que perdió la vida el señor Checa Bisbicús; es más, sin ambages la gerente del Hospital Ricaurte E.S.E., para el cual prestó el servicio, al formular la denuncia ante la Fiscalía¹⁴, dio cuenta que en dicha data, el susodicho se encontraba en sus labores en la sede de esta entidad, cuando entre las 6:30 y 7:00 pm, fue abatido con arma de fuego por terceras personas que le causaron la muerte, versión que coincide con los dichos de las testigos Nancy Margarita Mejía Fierro y Amparo Arteaga Salazar, quienes afirmaron que al momento de los hechos el occiso se encontraba en su sitio de trabajo.

Así, luce claro que el fallecimiento se presentó como un riesgo laboral, por tanto, le correspondía a la E.S.E. empleadora, demostrar que adoptó todas las medidas idóneas para evitarlo, lo cual no ocurrió, o al menos no hay pruebas que lo acrediten, pues de los dichos de las mencionadas deponentes y el déficit probatorio por parte de la pasiva, huelga concluir que, una vez establecida la ocurrencia del accidente de trabajo, en aplicación del Artículo 3° de la Ley 1562 de 2012, se establece la culpa patronal, dado que, no procuró la protección del trabajador, como era su obligación legal (Art. 56 CST); no contaba con las instalaciones en debida forma, para garantizarle la seguridad, ni con el ambiente de trabajo en adecuadas condiciones en aras de dicha seguridad, como ha quedado establecido y demostrado en el proceso, pues según lo dijeron las testigos Nancy Margarita Mejía Fierro y Amparo Arteaga Salazar, incluso, lo pregona el aladista, el sitio estaba, desolado, con maleza, poca luz, y lo más relevante, aseguraron que siendo vigilante, carecía de arma de

¹⁴ Ver folio 469 y ss expediente unido

dotación, lo cual no desvirtuó la contraparte, de suerte que occiso se encontraba expósito, sin la posibilidad de repeler un ataque de las connotaciones que exhibe el que culminó con su existencia, por tanto, el insuceso ocurrió con ocasión del vínculo contractual laboral que aquel, sostenía con la demandada y como consecuencia de los riesgos que se derivaban del tiempo, modo y lugar en que el difunto desarrollaba sus actividades. Bajo la realidad descrita, no entrará el Colegiado en más disquisiciones para señalar que secunda la decisión de la cognoscente de declarar la culpa patronal, en la medida que el plexo probatorio examinado en su conjunto conforme lo ordenan los artículos 60 y 61 del C.P.T., han puesto sobre la palestra que la causa eficiente del siniestro derivó en el desdén y abandono de empleadora al no proveer de los instrumentos y medidas de protección afines con el ejercicio de actividades desplegadas por su trabajador, emergiendo ello, como catalizador del aciago acontecimiento.

De la indemnización plena de perjuicios.

Establecida la referida culpa patronal, la operadora judicial de primer nivel encontró mérito para condenar a la ESE accionada a pagar perjuicios morales, los que a su racional arbitrio estimó en el equivalente a **100 SMLMV**; y, negó los materiales, punto contra el cual se reveló el convocante, en procura que se reconozcan en esta instancia, por ende, pasa la Sala a definir sobre el particular.

Para ese efecto, cumple memorar que jurisprudencialmente¹⁵ en forma pacífica se ha dicho que, para la procedencia de los perjuicios materiales, además, que resulten ciertos, debe existir plena certeza del detrimento a reparar.

Son perjuicios materiales el daño emergente y el lucro cesante. Al examinar el acervo probatorio, se encuentra que no están acreditados los perjuicios de esta naturaleza por la parte demandante, toda vez, que frente a los primeros, no allegó elemento demostrativo que acreditara que incurrió en algún tipo de gasto por el fallecimiento de su hijo; y en lo que atañe a los segundos, no se arrimó prueba respecto de la subordinación económica que tenía del mismo, pues los dichos de Nancy Margarita Mejía Fierro y Amparo Arteaga Salazar, no infunden certeza sobre el detrimento determinado a reparar, como quiera, que escasamente pregonan que de lo devengado por el finado en su trabajo

¹⁵ SL 3590 de 2022. Radicado 79947, en esa sentencia

colaboraba con la comida, se trata de una información superficial, que por su misma mesmedad, no ofrece suficientes elementos de juicios con los cuales sea posible extraer un valor concreto de los que el difunto eventualmente determinaba para la manutención de su progenitor, de modo, que no dable saber a ciencia cierta, en términos económicos, cuanto dejó de recibir el accionante; en otros términos, a juicio de este Juez Plural no existe una fundada comprobación de la configuración del lucro cesante, pues según lo dicho por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 1843 de 2022 *"El lucro cesante se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico o se recibe en menor proporción a causa de la pérdida de capacidad laboral o fallecimiento"*. Luego entonces, los argumentos del impugnante no tienen la virtualidad de lograr que esta Corporación irroque condena por los perjuicios materiales en cuestión, quedando, de contera, intacta la percepción que en tal sentido se formó la sentenciadora de primer grado.

En colofón, se adicionará el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido, de incluir las sumas señaladas en precedencia por concepto de sanción por no pago de cesantías, devolución de aportes al sistema de seguridad social e intereses de cesantías. Consecuencialmente, se impone la revocatoria parcial del ordinal cuarto, que declaró probadas las excepciones de mérito denominadas improcedencia del reconocimiento de prima de servicios e improcedencia de la sanción por no consignación de las cesantías planteadas por el Hospital de Ricaurte ESE.

5. Costas

Como quiera que la alzada de la parte demandante tiene vocación parcial de prosperidad, la Sala se releva de imponer condena en su contra; y dada la no prosperidad de la apelación de la convocada Hospital de Ricaurte E.S.E., se imponen las costas a su cargo. Las agencias en derecho se fijarán en suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**, administrando justicia en nombre de la República de

Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la resolutive de la sentencia dictada el 23 de junio de 2022 por el Juzgado Civil del Circuito de Tuquerres, dentro del proceso promovido por Luis Alfonso Checa Salazar contra Hospital de Ricaurte E.S.E, objeto de apelación por las partes en contienda, para incluir dentro de las demás condenas impuestas en primera instancia, los siguientes conceptos y valores:

Sanción por no pago de cesantías	\$ 7.000.000,00
Devolución de aportes al sistema de seguridad social	\$ 209.752,00
Intereses a la cesantía	\$ 179.737,00

SEGUNDO. REVOCAR parcialmente el ordinal cuarto de la sentencia, en tanto declaró probada la improcedencia de la sanción por no consignación de las cesantías.

TERCERO. CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

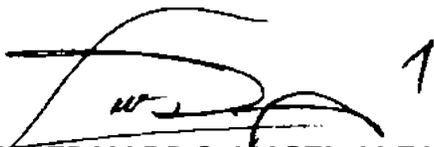
CUARTO. ANEXAR el cuadro contentivo de las operaciones aritméticas.

QUINTO. COSTAS en esta instancia a cargo del recurrente Hospital de Ricaurte E.S.E. Se fijan las agencias en derecho en suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes

SEXTO. NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la ley 2213 del 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en

aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

SÉPTIMO. REMITIR el expediente al juzgado de origen.



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

(En uso de compensatorio)
CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO - SALA LABORAL
MAGISTRADO: LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO

PROCESO:
DEMANDANTE: LUIS MAURICIO CHECA BISBICUS
DEMANDADO:

EVOLUCION SALARIOS		
PERIODO		SALARIO
1/01/2017	31/12/2017	\$ 1.000.000
1/01/2018	14/09/2018	\$ 1.000.000

360
254

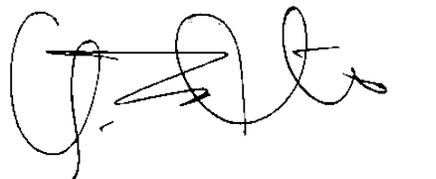
EXTREMOS TEMPORALES: 1/01/2017
 14/09/2018

AUXILIO DE CESANTIAS - INTERESES SOBRE CESANTIAS							
PERIODO		DIAS PERIODO	SALARIO	AUX. TRANSP	TOTAL DEVENGADO	CESANTIAS	INTERESES SOBRE CESANTIAS
1/01/2017	31/12/2017	360	\$ 1.000.000	\$ -	\$ 1.000.000	\$ 1.000.000	\$ 120.000
1/01/2018	14/09/2018	254	\$ 1.000.000	\$ -	\$ 1.000.000	\$ 705.556	\$ 59.737
T O T A L E S						\$ 1.705.556	\$ 179.737

SANCION POR NO CONSIGNACION DE CESANTIAS EN FONDO					
AÑO	PERIODO SANCION		DIAS	SALARIO	TOTAL
2017	15/02/2018	14/09/2018	210	\$ 1.000.000	\$ 7.000.000
T O T A L					\$ 7.000.000

INDEXACION DEVOLUCIÓN APOORTE PENSIÓN					
PERIODO		TOTAL APORTES	IPC INICIAL - Sep/18	IPC FINAL - Feb/23	VALOR INDEXADO
DESDE	HASTA				
1/08/2018	31/08/2018	\$ 160.000,00	99,47	130,40	\$ 209.752

RESUMEN ACREENCIAS	
INTERESES SOBRE CESANTIAS	\$ 179.737
SANCION POR NO	\$ 7.000.000
DEV.APORTES PENSION	\$ 209.752
TOTAL ACREENCIAS	\$ 7.389.489



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Mayo dieciocho (18) dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2021-00153-01 (489)
Juzgado de primera instancia:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Edgar Efraín Coral Eraso
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se confirma la sentencia apelada y consultada.
Acta No.	210

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el **recurso de apelación** formulado Porvenir S.A. contra la sentencia emitida el 05 octubre de 2022, por el Juzgado Primero Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Edgar Efraín Coral Eraso, llamó a juicio a los fondos de pensiones reseñados con el propósito que se **DECLARE** ineficaz el traslado de la afiliación al fondo

privado de la Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. En consecuencia, procura que se condene a PORVENIR S.A. devolver o trasladar y a COLPENSIONES recibir, todas las cotizaciones realizadas para pensiones y bonos pensionales recibidos del I.S.S., con capitalización, indexación e intereses moratorios desde el momento de su traslado hasta la fecha del realice su retorno; además, al pago de perjuicios causados con el traslado y las costas procesales.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que cotizó al RPM desde el 3 de noviembre de 1977 hasta el 30 de abril de 2007, siendo trasladado a Horizontes AFP hoy Porvenir S.A., sin mediar asesoría idónea en materia pensional, omitiendo información sesgando y tergiversando las consecuencias de su traslado al Régimen de Ahorro Individual, al asegurarle que podía pensionarse a la edad que quisiera y con una mesada mayor a la que obtendría en el RPM, sin explicar de una manera idónea sus posibilidades, o que con el traslado perdía las ventajas pensionales. Agrega que, el silencio de Porvenir S.A. le ha ocasionado daños injustificados, como verse obligado, en el evento de permanecer en el RAIS, a devengar una mesada notoriamente inferior al salario percibido durante su vida laboral, generándole una afectación anímica que altera su salud física y mental. Informa que, solicitó ante Porvenir S.A.o y Colpensiones la ineficacia y/o nulidad del traslado obteniendo respuesta negativa.

2. Contestaciones de la demanda.

-DE COLPENSIONES.

Respondió el escrito introductor y respecto a los hechos, aceptó y negó unos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones del libelo primigenio al considerar que tiene plena validez, por lo que no puede ser declarada ineficaz, en tanto la misma contó con la aprobación del actor y no se allega prueba que permita acreditar que frente a tal decisión existió engaño o vicio del consentimiento alguno o falta de información por parte de las Administradoras del RAIS. Sostiene que el traslado no es posible, porque la solicitud la realizó cuando ya tenía cumplida la edad requerida para acceder al derecho pensional, desconociendo lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Aclara que no tuvo incidencia en el traslado de régimen y que tenía el deber de informarse como consumidor y

dado sus comportamientos, estaba conforme con su decisión de traslado. Frente a las pretensiones dirigidas contra Porvenir dice que se atiene a lo que se pruebe en el proceso. Con fundamento en lo anterior, formuló excepciones de fondo.

-DEL MINISTERIO PÚBLICO

No se opone a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos se atiene a lo probado dentro del proceso; refiere que las AFP están obligadas a proporcionar información amplia, cierta y oportuna con alternativas, beneficios e inconvenientes para que se pueda elegir conscientemente, goce o no de la gracia transicional prevista en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debiendo asumir la carga probatoria de demostrar la efectividad de la garantía del derecho a la información de que es titular el afiliado para que el traslado del régimen pensional sea válido, que si en el curso de este proceso se prueba que la AFP no cumplió con el compromiso de informar al actor sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional realizado el 01 de febrero de 2007 significa que su decisión de cambio se hizo sin conocimiento por lo que no fue consiente y en efecto ese traslado al RAIS es ineficaz.

Por su parte, PORVENIR S. A. dentro del término concedido para ejercer su defensa guardó silencio.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 05 de octubre de 2022, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual, que para todos los efectos legales el actor siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; **(ii)** probadas las excepciones de imposibilidad de condena en costas e inexistencia de perjuicios; y, no probadas las demás excepciones formuladas por Colpensiones.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a devolver de la cuenta individual del demandante a la cuenta global administrada por COLPENSIONES aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, las cuotas de administración, comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, debidamente indexados; que al

momento de cumplirse esta orden, estos conceptos sean discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique; y, que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos; también la condenó en costas y la absolvió de las demás pretensiones.

Apoyado en jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, precisó que el actor estuvo afiliado al RPM y se trasladó al RAIS, que el fondo privado accionado no cumplió con la obligación de brindarle información clara, completa, cierta, comprensible y oportuna, induciéndolo en error al no explicarle las ventajas y desventajas del cambio de régimen; que no demostró haber realizado previo a la afiliación una proyección de la pensión en el RAIS; por lo que no cumplió con lo establecido en la normatividad vigente, ni el deber de información que tenía a su cargo, concluyendo que esto da lugar a la ineficacia del acto de vinculación. Señala que, respecto a la consolidación de daños o perjuicios morales y materiales no se demostraron por lo cual no hay mérito para condenar a las demandadas por este concepto.

4. La apelación.

Contra la anterior decisión se reveló la demandada **PORVENIR S.A.**, y en sustento de su inconformidad inicia discrepando del manejo dado a la excepción de prescripción, bajo la egida que en este caso ha prescrito el derecho para ejercer la acción destinada a lograr la ineficacia del traslado, dado que el plazo ha sido superado con creces; además que, lo perseguido con la demanda es la inexistencia, invalidez o ineficacia de un acto jurídico de naturaleza comercial, que no se debate la validez en la existencia o el reconocimiento de las prestaciones de carácter laboral o pensional.

Señala que la decisión se toma con base en la manifestación general del demandante sobre la falta de información por parte de la administradora, pero más allá de ello, no existe prueba que se haya incurrido en alguna afectación de su voluntad frente al traslado, el que derivó de un acto o contrato válido, libre de todo vicio, que debe ser considerado eficiente y que produjo efectos.

Agrega que la falta de información no puede considerarse como la única circunstancia, ni la más eficiente de las que dieron lugar a la afiliación, porque existen otras que la rodearon como son, la posición laboral, la formación académica, su situación personal y familiar las cuales no han merecido estudio ni consideración alguna dentro del proceso.

Tilda el fallo de contradictorio y que incurre a la afectación del principio de congruencia, en cuanto se declara que el acto de afiliación es ineficaz y por lo tanto no produjo ningún efecto, pero se ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo, los rendimientos financieros y el porcentaje de administración; que tal devolución no es procedente porque los rendimientos son el producto de un trabajo financiero especializado y profesional; además que se debe reconocer el costo de administración que dio lugar a la productividad de los ahorros; y, sobre todo que, al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos a su estado inicial. Que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera ecuánime y correlativa en los términos del artículo 1746 del CC.

Critica el acogimiento de la jurisprudencia especializada, para dar aplicación de la carga dinámica de la prueba, con lo que se afecta el derecho de defensa de la administradora, ya que con la sola afirmación del demandante de que no se le brindo información tiene garantizado el éxito del proceso, provocando desequilibrio de las partes, al no tener en cuenta las afirmaciones que hace la AFP en su defensa.

Por último, se opone a la condena en costas argumentando que resultan improcedentes conforme lo reglado en el acuerdo del CSJ, toda vez que, siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación, se dispuso correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual hicieron uso las demandadas y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

PORVENIR S.A., en procura que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sea absuelta de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia diserta sobre las razones por las que considera que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproduce los mismos reparos sobre los cuales sustento en la alzada.

COLPENSIONES, con el propósito de derruir el fallo de primera instancia expone que el actor de ninguna forma previa y/o posterior de su traslado al RAIS y/o antes de cumplir los 52 años de edad, solicitó ante el extinto ISS hoy Colpensiones, algún tipo de asesoría frente a su situación pensional; que, el actor no acreditó la falta de información que atribuye a la AFP del RAIS, coligiendo que el traslado por el realizado al Régimen de Ahorro Individual goza de plena validez y por tanto no puede ser declarado. Considera que deben declararse probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

El Ministerio Público, en su concepto exhorta la confirmación de la sentencia en su integridad, con tal finalidad, trae a colación apartes de criterios jurisprudenciales y normatividad, y expone las razones por las cuales estima que la decisión de primer nivel en todo su contexto se ajusta a derecho.

Encontrándose surtido el trámite en segunda instancia, al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la alzada, previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

1. Consonancia

En obediencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de discrepancia inserto en el recurso.

También se atenderá el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante, conforme lo dejó establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de tutela del 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237.

2. Problemas jurídicos.

En virtud de los planteamientos esgrimidos por los recurrentes y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¿Se aplicó indebidamente la inversión de la carga de la prueba?

¿Es ajustado a derecho disponer que como efecto jurídico de la ineficacia del traslado al RPM se ordene el traslado al RPM el envío por concepto de rendimientos financieros y gastos de administración?

¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A.?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

A la luz de las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes del sistema pensional, esto es, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación escrita que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

En esa dirección, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, la persona natural o jurídica que por cualquier forma impida o atente contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones e igualmente el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del

acto de afiliación, por ello, su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno.

En coherencia con lo que viene discurrido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos, uno de los más recientes vertidos en la sentencia SL-373 de 2021 señaló:

"En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

La alta Corporación viene defendiendo la tesis que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Luego, la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones ha de ser libre y voluntaria por el afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional, exigencia que se hace extensiva respecto de las consecuencias del traslado, en tanto, la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte, que su trasgresión le resta cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado, tal cual lo concebido la pacífica y reiterada

jurisprudencia de la CJ-Sala Laboral, ente otras, la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, al asentar:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe." "..."

4. Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto concluyó que la AFP convocada al juicio, no cumplió con la carga de probar que suministró al promotor del proceso una información completa clara y comprensible de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrutar el derecho pensional, tampoco ilustró sobre las características de cada régimen pensional, ventajas y desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia del que sea más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, de la historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A.¹, se constata que el demandante cotizó interrumpidamente en COLPENSIONES un total de 845 semanas, entre el 3 de noviembre de 1977 y el 4 de abril de 2007, quedando así evidenciado que estuvo afiliado al RPM.

Precisado lo referente a la afiliación del accionante al RPM, del examen efectuado al formulario de traslado al RAIS a través de HORIZONTES PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A.² se extracta que el pretendiente lo suscribió el 1º de febrero de 2007 y que, en el mismo se registró como administradora anterior al ISS hoy COLPENSIONES, quedando así demostrados estos hechos medulares para lo que interesa a este asunto.

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se esgrime que el consumado del fondo público al privado, obedeció *-en lo esencial-* a falta de información y sin ningún análisis sobre la situación

¹ Folio 26 a 27 anexo demanda principal

² F folio 21 anexo demanda principal

pensional del promotor del litigio.

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que se abre paso la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habersele suministrado al accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Al no haberse demostrado el suministro de información tanto de los alcances positivos como negativos del traslado, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos y por el contrario mermas, o la pérdida del régimen de transición si fuera beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS.

Esta declaratoria de ineficacia no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PORVENIR S.A. a COLPENSIONES serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En lo concerniente a la crítica que hace PORVENIR S.A., frente al tópico de la inversión **de la carga de la prueba**, estima la Sala que en ningún desacierto incurrió la célula judicial de primer nivel. Es más, este Colegiado con sujeción a lo previsto por la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reafirma que al estar frente a una negación indefinida como ocurre en este evento, en tanto, el que el actor afirma que no recibió la asesoría necesaria para decidir sobre el traslado de régimen, la carga de probar lo contrario recae sobre la AFP demandada, sin que este hecho implique ningún desequilibrio procesal como lo alega el censor; es más, esa perspectiva encuentra respaldo en lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, al establecer que las afirmaciones o

negaciones indefinidas no requieren prueba.

Se concluye entonces que fue acertada la decisión del A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, acogiendo la inversión de la carga de la prueba con sujeción de los precedentes de la jurisprudencia especializada, por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto.

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A., trae un discurso argumentativo orientado a cuestionar la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, desde ya dirá la Sala que en ningún despropósito incurrió el A quo al adoptar esta decisión, por las siguientes razones:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada³, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, lo que implica desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiese existido.

La declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Luego entonces, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal se calcula en igual porcentaje en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a los rendimientos financieros, importa señalar que de conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. A su turno, los literales a) y b) del artículo

³ CSJ SL-1688 de 2019.

6o de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones que consagra el RAIS dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores y de los **rendimientos financieros**; aportes de los cuales, una parte se **capitalizará** en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado.

La razón para que se estime que la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado se encuentra conformada por el capital ahorrado y sus rendimientos, es porque las administradoras de fondos privados de pensiones son los únicos que están autorizados a usar el dinero de los aportes para hacer inversiones en diferentes activos y títulos valores, luego entonces, es claro que al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, sea éste el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución de lo existente en la cuenta, se entiendan incluidos los rendimientos, lo contrario, implicaría refrendar un enriquecimiento de carácter injustificado, máxime, cuando tratándose de administradora de fondos privados de pensiones, la intermediación que éstas realizan, se efectúa a título de administración, que no comporta en sí, derecho alguno de propiedad sobre los dineros que le son entregados a título de cotizaciones, mucho menos, sobre los rendimientos que aquellas llegaren a producir.

En este punto, es importante recordar que al tenor de lo previsto en el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, después de la adición realizada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a las entidades que los administran, lo que es indicativo de que bajo ningún punto de vista es admisible, so pretexto de la buena fe o un bien desempeñó en la administración, que los recursos, entre los que se encuentran los rendimientos financieros en el RAIS, dejen de pertenecer al sistema, para pasar a incorporarse al patrimonio de la entidad administradora.

Importa aclarar, que en virtud de lo consagrado en el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, una de las características del RPM es la existencia de rendimientos que, junto con los aportes de los afiliados, son los que constituyen el fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes adquieren la calidad de pensionados. Rendimientos que es claro que por calcularse sobre todos los recursos que constituyen el fondo común, generan también una rentabilidad, que es la que trata de compensarse al ordenársele a la AFP que traslade al RPM, los rendimientos

financieros que produjo el capital del afiliado, para de esa manera preservar el equilibrio financiero del régimen público que se privó de las cotizaciones del afiliado indebidamente trasladado.

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁴. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, dejó en claro la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración.

Así las cosas, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas por trasladar de PORVENIR S.A., a COLPENSIONES, lo correspondiente a los rendimientos financieros y los gastos de administración, por lo que la discusión al respecto no encuentra eco en esta instancia.

En cuanto a la discrepancia de PORVENIR S.A. frente a la condena en costas impuesta a su cargo, no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso.

⁴ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

De la prescripción propuesta por PORVENIR S.A.

En lo que atañe al reparo que presenta PORVENIR S.A., tendiente a lograr ante esta instancia la prosperidad de este medio exceptivo, se precisa, que no tiene vocación de prosperar, porque los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, la Sala, secunda la decisión de primer grado, en tanto desestimó ese medio exceptivo.

De las excepciones propuestas por Colpensiones

Respecto de los medios exceptivos formulados por esta entidad, a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de **imposibilidad de condena en costas y la de inexistencia de perjuicios**, que con acertadas reflexiones el A quo declaró probadas, los demás medios exceptivos no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió.

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del C.G.P., dada la no prosperidad de su apelación, serán a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y se fijarán como agencias en derecho a su cargo la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 5 de

octubre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto dentro del proceso promovido por Edgar Efraín Coral Eraso contra Porvenir S.A. y Colpensiones.

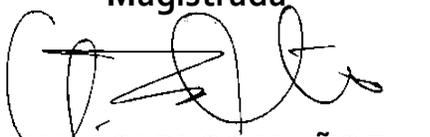
SEGUNDO. - CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a **PORVENIR S.A.** Se fijan como agencias en derecho a su cargo, el equivalente a dos 2 smlmv. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la ley 2213 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

(CON COMPENSATORIOS)
CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral**

**Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro**

Mayo dieciocho (18) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105003-2021-00170-01 (348)
Juzgado de primera instancia:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Ruth Marina Andrade Portilla
Demandado:	SaludCoop Clínica Los Andes
Asunto:	Se revoca parcialmente sentencia apelada
Acta No.	211

I. ASUNTO

En obediencia al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere sentencia escrita que resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la sentencia dictada el veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso reseñado.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones de la demanda

Ruth Marina Andrade Portilla demandó a SaludCoop Clínica los Andes para que se declare la existencia del contrato de trabajo entre el 15 de febrero y el 25 de mayo de 2018 fecha en que presentó renuncia. En consecuencia, procura que se condene a la demandada a pagarle salario adeudado del 1º al 25 de mayo de 2018, y en proporción al tiempo laborado, cesantías intereses a las cesantías, vacaciones; además, la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST y las costas procesales.

Hechos

Fundamenta estas pretensiones en que fue vinculada por la convocada mediante contrato de trabajo a término fijo con vigencia entre el 15 de febrero y el 25 de mayo de 2018., desempeñándose en forma personal como auxiliar de enfermería, con remuneración mensual de \$ 781.242,00 más horas extras, vinculación laboral a la que renunció por falta de pago de salario. Que el 12 de enero de 2019, elevó solicitó el pago todas las acreencias laborales, copia del contrato de trabajo y soportes de nómina; en respuesta emitida en febrero de 2019, la pasiva negó el reclamo de derechos laborales arguyendo imposibilidad financiera para el pago, se entregó comprobantes y soportes de pago anteriores, más no copia del contrato de trabajo. Indica que en otra solicitud requirió nuevamente copia del contrato laboral, soportes de aportes a pensión, salud y ARL, sin obtener respuesta.

Contestación de la demanda.

Trabada la litis la convocada dio respuesta a la demanda, se pronunció frente a cada uno de los hechos, aceptando unos y negando otros. Se opuso parcialmente a las pretensiones, en cuanto, acepta la relación laboral con los extremos señalados en la demanda, así mismo que adeuda lo concerniente a cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones. Se opone a la sanción moratoria, arguyendo que el no pago oportuno de la liquidación definitiva de prestaciones sociales no ha sido por mala fe, capricho o arbitrariedad, pues obedece a causas externas y ajenas a su voluntad del empleador, al encontrarse imposibilitado en razón a las cuantiosas carteras adeudadas por las EPS que se encuentran en proceso de liquidación. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, fuerza mayor o caso fortuito y la innominada.

Decisión de primera instancia.

El Juzgado de conciliación puso fin a la primera instancia en sentencia dictada el 28 de julio de 2022, en la que declaró la existencia del contrato de trabajo en los términos solicitados en la demanda; no probadas las excepciones de fondo formuladas por la pasiva y la condenó a pagar por concepto de cesantías \$243.930; por intereses a las cesantías \$29.272; prima de servicios \$243.930; vacaciones compensadas \$ 120.757; indemnización por despido indirecto \$2.343.726; salario quincena de mayo de 2018 \$390.621; indemnización moratoria \$1.563.813; y, las costas procesales.

Como fundamento de esta decisión, hizo hincapié en que la renuncia de la actora no obedeció al cumplimiento del plazo sino a la falta de pago oportuno de los días laborados en el mes de mayo, que la pasiva no acreditó lo contrario, vislumbrándose una renuncia provocada que equivale al despido indirecto que engendra indemnización por despido injusto. Destacó la aceptación de la accionada del no pago de prestaciones sociales, en tal razón dispuso su pago, al igual que los salarios adeudados. En cuanto a la sanción moratoria,

desestimó la existencia de razones que justifiquen el no pago oportuno de salarios y prestaciones, aduciendo que la liquidación de la convocada se produjo entre los años 2021 y 2022 y el contrato de trabajo con la actora se ejecutó en el 2018, cuando no estaba en una situación que le impidiera cumplir sus obligaciones laborales, pues, aunque su intervención inició en el año 2015, para dicha anualidad seguía funcionando. Agrega que lo adeudado a la trabajadora por tres meses de servicios no era ingente, al punto que le impidiera seguir funcionando o se le desequilibrara su parte financiera.

Apelación.

La demandada manifestó su inconformidad parcial contra la anterior decisión, pues se duele de las condenas de indemnización por sanción moratoria y por despido indirecto y con el propósito de lograr su revocatoria, *en síntesis*, frente a la primera, insiste en justificar la mora en el pago de prestaciones de la demandante, en la crisis económica por la que atravesó, derivados de factores externos como fueron la liquidación de SALUDCOOP EPS, originada desde el año 2015, la de CAFESALUD y MEDIMÁS EPSs, con las que también tuvo contratos y quedaron con deudas importantes, generándole los problemas financieros que llevaron a la entidad a tener que escoger, si se le pagaba a los trabajadores vinculados o a los que ya no lo estaban, prefiriendo a los primeros.

De otro lado, defiende su actuar de buena fe, enfatizando que las resoluciones aportadas dan cuenta que, desde la mentada anualidad la Clínica los Andes, ha venido sufriendo detrimentos económicos, por administraciones ajenas como es, la de las citadas EPSs, por tanto, aduce que no debe ser sancionada en cuanto todo su incumplimiento es consecuencia de administraciones de terceros.

En lo que atañe al despido indirecto, cuestiona su imposición, argumentando que se debe demostrar la mala fe que haya dado lugar a la renuncia injustificada que la demandante.

Trámite de segunda instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, admitido el recurso de apelación, se dispuso a correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual ninguna de las partes se pronunció.

Encontrándose surtido el trámite en segunda instancia y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la alzada, previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

Consonancia

Con arreglo al artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la decisión que resuelva la apelación de sentencia deberá sujetarse a los puntos objeto del recurso. En consecuencia, nos plegaremos a la materia controvertida en el disenso.

Problema jurídico.

De acuerdo con los reparos traídos por el censor, corresponde a la Sala establecer *i)* La relación laboral que existió entre las partes terminó por causas imputables al empleador, para así determinar si al demandante le asiste el derecho al pago de la indemnización por despido indirecto; y, *¿ii)* La crisis financiera que aduce la pasiva es suficiente para exonerarla de la sanción

moratoria vertida en el artículo 65 del CST modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002?

Respuesta a estos interrogantes.

De la indemnización por despido indirecto.

Previo abordar el caso concreto, conviene anotar que la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 3201 de 2022, trajo a colación su propio precedente contenido en la sentencia SL 14877 de 2016, en la que se expuso que el despido indirecto es el producto de la determinación o auto despido por parte del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo y se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST.

Siguiendo esta línea de pensamiento, en sentencia el 22 de febrero de 2022, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, emitió sentencia dentro del proceso con radicado 71700, en la que, al tratar la temática del despido injusto, trajo a colación algunos lineamientos de sus propios precedentes y en atención a los mismos, enfatizó:

*"...cuando se atribuyen diferentes conductas como justas causas para finiquitar el vínculo laboral, bien sea por parte del empleador, ora por el trabajador, no es necesario abordar el estudio de las demás, ya que, como lo ha adoctrinado la Corte, con la **comprobación de una sola falta o motivo que sea grave basta para tener tal decisión como justificada.***

*De otro lado, cuando una de las partes invoca una justa causa para finiquitar el contrato de trabajo, ya sea el empleador como el trabajador, **tienen la obligación de informar a la otra parte, la causal o motivo de esa manifestación de voluntad,** sin que posteriormente pueda alegarse válidamente causales distintas. **Así mismo, el despido***

indirecto o auto despido producto de la decisión del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, modificadorio del artículo 62 del CST; así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: «El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal B del art. 7 del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST». (Negrilla nuestra)

Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos hayan sido comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador.

Sea oportuno señalar que si bien frente a un despido, basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta; para el caso del despido indirecto, también le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de poner fin al vínculo obedeció, se itera, a justas causas o motivos imputables al empleador; siendo importante acotar que el documento por medio del cual se finaliza la relación laboral invocando estas justas causas, simplemente «es declarativo de circunstancias, condiciones o hechos sucedidos dentro de la vigencia del contrato, más no, demostrativo de dichas circunstancias, condiciones o hechos» (CSJ SL, 22 oct. 1997, rad. 9826)."

Descendiendo al asunto bajo estudio, con sujeción a las reseñadas pautas jurisprudenciales, tras auscultar los medios de prueba, encuentra la Sala, a folio 14 anexo a la demanda, comunicación suscrita por la demandante, dirigida a la entidad empleadora, mediante la cual renuncia al cargo de auxiliar de enfermería a partir del 25 de mayo de 2018, "Por los atrasos en el salario, es por ello que renuncio de manera voluntaria y, además, informo que volveré a esta empresa a no ser que las condiciones mejoren de pagos atrasados se coloquen al día, debido a que las necesidades personales se ven afectadas (...)".

En el hecho séptimo del escrito promotor, manifiesta la demandante que renunció a la vinculación laboral al no recibir el pago cumplido de las quincenas adeudadas, las que, conforme la pretensión segunda se extrae que es, **la primera quincena de mayo de 2018 y proporcionalmente los días corridos a la fecha de la renuncia presentada el 25 de ese mes y año, por ser en concreto lo que reclama.**

La pasiva no aceptó el hecho ni la pretensión en mención, arguyendo que conforme los registros contables de la empresa se encuentran que la relación de pagos se hizo de manera continua, y; según la información del área contable dicha deuda se encuentra cancelada en su totalidad.

Obra en el plenario petición elevada por la actora y recibida en SaludCoop el 14 de enero de 2019, en la cual se solicita el reconocimiento prestacional en proporción al tiempo laborado y pago de salarios pendientes de la siguiente manera; ante lo cual, en respuesta emitida en el mes de febrero, la entidad sostiene: *"No es querer de la clínica incumplir con las acreencias laborales de sus trabajadores, haciendo la gerencia todos los trámites legales respectivos y necesarios para obtener el ingreso de los recursos que nos permitan cumplir con esta obligación; **por lo anterior se informa que a la fecha se encuentran pagados todos los salarios correspondientes** al periodo laborado por usted, con respecto a la liquidación definitiva de prestaciones se procederá a la cancelación, a la cuenta dispuesta por usted para el pago de nómina de acuerdo al flujo de caja existente en SaludCoop clínica los Andes (...)"*. Además indica que anexa, planillas de autoliquidación de aportes, comprobantes de pago y consignaciones bancarias.¹

En efecto, se destaca que anexó i) planilla de autoliquidación de aportes en salud correspondiente a los meses de marzo, abril, mayo y junio; ii)

¹ Ver folios 15 y 16 anexos a la demanda

comprobantes de transferencias bancarias, efectuada el 17 de mayo de 2018, del que se observa que a la cuenta bancaria de la actora se le consignó en la misma fecha \$ 403.477.00 y \$ 403.501,00²

Al absolver el interrogatorio de parte, la actora no logra precisar exactamente cuales quincenas le están adeudando, pues en forma muy dubitativa dice que la entidad que quedó adeudando la primera quincena de mayo y los días siguientes hasta la fecha de la renuncia.

Del análisis crítico y objetivo de estas probanzas, para la Sala, de los mencionados comprobantes de transferencia bancaria, por haber sido efectuados el 17 de mayo de 2018, bien puede admitirse que; al menos uno, corresponde a la primera quincena de mayo, y ello implica aceptar la afirmación de la pasiva, en tanto, en la contestación de la demanda y en la respuesta del derecho de petición, asegura que fueron pagados los salarios del tiempo laborado y lo acredita con dicha probanza; luego entonces, no es de recibo dar por probado el motivo argüido por la accionante como soporte de su renuncia, pues estando cancelada la primera quincena de mayo, para el día 25 de este mes, que presentó la renuncia, aún no se había causado la segunda quincena de dicho mes. Al quedar desvirtuado el motivo medular invocado en la renuncia, no hay lugar al reconocimiento de la indemnización por despido indirecto; **el que valga decir, la A quo, la reconoció en forma extra petita, pues examinado el catálogo de pretensiones, se echa de menos que la accionante expresamente haya pedido tal resarcimiento.**

Ahora, solo si en gracia de discusión, se aceptara que en realidad de verdad la Clínica los Andes, al momento del despido adeudaba a la pretendiente la primera quincena de mayo; para la Sala esta no sería razón suficiente para dar por establecido que el incumplimiento del pago de la remuneración en las

² Folio 18 y 20 anexo demanda

condiciones pactadas, resultara de tal dimensión que catapultara la renuncia. Esto por cuanto no puede perderse de vista que, a voces del numeral 10º del literal b del artículo 62 del C.S.T., es causal para terminar el contrato, "*El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales y legales*", entendiendo como sistemático, el incumplimiento reiterativo y continuado, no cual no se cumple en el sub lite, pues es claro que, conforme lo probado en el proceso, a la fecha del despido, la demandante solo adeudaba la primera quince de mayo, pues, la segunda no alcanzó a causarse, por tanto, no se cumple el presupuesto de ser el incumplimiento sistemático.

Bajo esta arista, se impone la revocatoria parcial del ordinal segundo de la resolutive de la sentencia, en el sentido de excluir del catálogo de condenas la atinente a la indemnización por despido injusto.

De la sanción moratoria.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo referente a esta clase de indemnización, causada a la terminación de la relación laboral por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales debidas, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, goza de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al análisis de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador. Así lo expuso en sentencia, SL 2833-2017, radicado 53793 del 1º de marzo de 2017.

En torno a la aplicación de dicha sanción, la alta Corporación, en sentencia SL 1885 de 2021 reiteró que la indemnización moratoria contemplada en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, no son de aplicación automática, sino que le corresponde al juez, al momento de

imponer esta sanción, verificar la conducta del empleador para discernir si fue o no de buena fe.

Y en pronunciamiento del 6 de diciembre de 2022, nuestro órgano de cierre al referirse a la aludida sanción, acentuó: *"...esta Corporación ha señalado de manera inveterada que la misma no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el vínculo laboral, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, así como la ausencia de consignación de las cesantías."*

Bajo esta línea de pensamiento, la alta Corporación³, al referirse a la buena fe acotó que:

"Se debe recordar que, acorde con la jurisprudencia, la buena fe equivale a obrar con lealtad, rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de probidad y honradez del empleador frente a su trabajador que, en ningún momento, ha querido atropellar sus derechos, lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de integridad o pulcritud."

Aquí, cabe traer a colación lo que de vieja data ha dicho nuestro máximo órgano de cierre⁴ respecto a la iliquidez, insolvencia o crítica situación económica del empleador como caso fortuito o fuerza mayor para exonerarse de la sanción moratoria en cuestión.

"LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA:

³ Sentencia del 21 de febrero de 2018, radicado 52.206

⁴ Sala de Casación Laboral, sentencia del 24 de enero de 2012, radicado 37288, M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.”

Y, conservando pacífica esta postura, más recientemente, en sentencia SL3719 del 10 de octubre de 2022 (rad. 88746), trajo a colación su precedente contenido en la sentencia SL 845 del 17 de febrero de 2021 (Rad. 83444), en el que la alta Corporación reiteró su posición, indicando haber adoctrinado que la crisis financiera de una empresa no constituye por sí sola una conducta que justifique la falta de pago de los salarios y prestaciones, ni acredita la buena fe del empleador para exonerarlo de la sanción moratoria, debe probarse que dicha circunstancia le genera una insolvencia o iliquidez tal que le impide cumplir con sus obligaciones laborales.

Caso concreto.

En el presente asunto, según el alcance de la impugnación la parte demandada se duele de la condena por concepto de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, y procura, aduciendo que la crítica situación económica de la empresa, que este Colegiado disponga la exoneración del pago de tal sanción.

Con sujeción a las reseñadas pautas jurisprudenciales, dado que la indemnización moratoria no es automática ni inexorable, se debe analizar si la conducta remisa de la empleadora estuvo, o no, justificada con argumentos soportados fácticamente, de modo, que puedan considerarse atendibles.

Dentro de esta órbita, previo examen integral del infolio y un análisis crítico y objetivo de los medios de prueba, encuentra la Sala que la parte demandada al hacer uso de su derecho de contradicción, aceptó todos los supuestos relacionados con el ligamen laboral contractual que tuvo con la actora; además, consintió estar en mora en el pago de las obligaciones laborales que ella reclama en este proceso, trayendo como justificación la crisis financiera de la entidad, fundada en lo cual, afirma que no ha actuado de mala fe en la omisión del referido pago.

Para acreditar la crisis financiera que trae como justificación de su incumplimiento, en términos generales, se refiere a las intervenciones administrativas de las EPS Saludcoop, Cafesalud y Medimás por cuenta de la Superintendencia de Salud, entidades con las cuales mantenía relaciones contractuales, que, a su turno, constituían su pedestal económico. Por manera, que tales eventos la condujeron a una debacle financiera que le ha impedido sufragar pago de sus obligaciones, involucrando, los créditos que judicialmente le reclama la actora.

En la sustentación de la apelación se aduce que los problemas financieros llevaron a la entidad a tener que escoger, si se les pagaba a los trabajadores vinculados o a los que ya no lo estaban, prefiriendo a los primeros; este argumento, antes que medrar en su favor, se redarguye en su contra, pues en últimas pone sobre el tapiz el trato discriminatorio dado a la actora, en tanto, reconociendo sin tapujos la deuda, no le ha deferido ningún abono a la misma, muy a pesar de que, conforme a su dicho si pudo destinar rubros a otros de sus servidores.

Además, no resulta aceptable como justificación el argumento del no pago por la crisis económica que se ha generado por terceras personas como lo fueron las EPS citadas por la censura, más aún cuando la resonada insolvencia fue posterior a la fecha en la que se ejecutó el contrato de trabajo, así como lo concluyó la juzgadora de instancia y se secunda por este Colegiado, al no pasar por alto que, en el certificado de existencia y representación legal aportado por la pasiva, expedido el 24 de junio 2021, se certificó *“Por escritura pública número 3303 del 09 de junio de 2021 (...) bajo el número 23845 del libro IX del registro mercantil el 18 de junio de 2021, se decretó disolución de sociedad”*⁵situación que pone en evidencia que la empresa Clínica los Andes SaludCoop entró en disolución después de 3 años de terminada la relación laboral de la promotora del juicio.

Ahora, si analizamos también la resolución 002414 de 2015 , por medio de la cual se intervino a SaludCoop, esto es respecto a la EPS, sin embargo, la IPS seguía funcionando, prestando sus servicios y podía continuar realizando los pagos, razón suficiente para decir que la mala administración o mal manejo de dineros no puede ser endilgada a los trabajadores, más aún cuando la legislación laboral⁶ ha hecho énfasis en que “el trabajador puede participar en utilidades (...) pero NUNCA asumir sus riesgos o perdidas ” dejando de manera clara cuál es la postura de los trabajadores en tales situaciones y por tal motivo, se insiste que, no puede excusarse el empleador una crisis económica para obviar el pago de las acreencias laborales de sus trabajadores. Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista lo dispuesto en el art 2495 del Código Civil en lo relacionado al privilegio que tienen los salarios y prestaciones sociales sobre los demás.

⁵ Ver folio 17 de la contestación de la demanda

⁶ Art. 28 CST

Luego, no afloran razones valederas para levantar la sanción moratoria infligida por el sentenciador de primer grado.

A propósito de la crisis económica que en este evento la pasiva trajo como exculpación de su incumplimiento en el pago de prestaciones sociales a la accionante, es del caso memorar que este Tribunal, viene acogiendo la tesis de la jurisprudencia especializada, según la cual, la crisis financiera de una empresa no constituye por sí sola una conducta que justifique la falta de pago de los salarios y prestaciones, ni acredita la buena fe del empleador, por mencionar algunos de los pronunciamientos de esta Corporación tenemos: sentencias del 17 de agosto de 2022, radicado 2019-00184-01, M.P. Doctor Luis Eduardo Angel Alfaro, del 18 de noviembre de 2022, radicado 2020-00295-01, bajo la ponencia del Magistrado, Juan Carlos Muñoz y la más reciente, del 14 de marzo de 2023, radicado 2019-00540-01.

Con todo, vale aclarar que, si bien es cierto este Colegiado, en la sentencia, dictada el 29 de junio de 2022, con radicado 2019-00366-01, en la que al igual, la demandada alegaba como justificación para no pagar prestaciones sociales, crisis financiera, se revocó la condena por sanción moratoria a favor de la entidad aquí demandada, esto es, Saludcoop Clínica los Andes, ello obedeció, única y exclusivamente a que en ese caso particular y concreto, en su momento, esta entidad, pese a la situación económica que atravesaba acreditó haber consignado los créditos laborales adeudados, por lo que, la decisión aquí adoptada no implica que la Sala se esté apartando de su propio precedente.

Conforme lo anterior, la Juez de primera instancia acertó, en cuanto, dispuso que la indemnización moratoria debía ser asumida por la parte pasiva de la acción.

COSTAS

Dada la prosperidad parcial de la alzada, la Sala se abstiene de imponer costas a cargo de la entidad demandada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO-NARIÑO, SALA - LABORAL**, administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

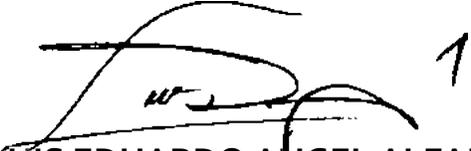
PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 28 de julio de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral promovido por RUTH MARINA ANDRADE PORTILLA contra SALUDCOOP CLÍNICA LOS ANDES S.A., en el sentido, de excluir del catálogo de condenas la atinente a la indemnización por despido injusto.

SEGUNDO. – CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS, en esta instancia.

CUARTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

QUINTO. - En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

(CON COMPENSATORIOS)
CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado