

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Expediente 23-001-31-05-005-2019-00421-01 Folio 127-21
DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **EDWIN MANUEL PEÑATA CAVADIA** contra **CANTERAS DE LOS ANDES S.A. REPRESENTADA LEGALMENTE.**

I. ANTECEDENTES

I.I Pretensiones.

Pretende la parte actora se declare que existió una relación laboral a término indefinido desde el día 25 de abril de 2001 hasta el 28 de septiembre de 2018 la cual fue terminada sin justa causa, se ordene reliquidar las prestaciones sociales correspondientes, esto es, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización por no consignación de cesantías, sanción moratoria de

que trata el art. 65 del C.S.T., y aportes al sistema general de seguridad social en salud, riesgos laborales, condenándose extra y ultra petita.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

1. Indica el actor que fue contratada por la empresa CANTERAS DE LOS ANDES S.A., mediante contrato individual de trabajo, desde el 15 de mayo de 2003 y hasta el 28 de septiembre de 2018, en el cargo de oficios varios, devengando un sueldo de \$900.000, prestando sus servicios en LAS MINAS DE SANTA ISABEL o TOLÚ, terminando su contrato sin justa causa.
2. Arguye que tenía un horario de trabajo por turnos de 7:00 am a 5:00 pm, los sábados de 7:00 am a 11:15 pm, todos los días, de lunes a sábados, incluyendo domingos y festivos, descansando un día por semana desde que comenzó a laborar.
3. Aduce que la empresa liquidó sus prestaciones sociales, sin ajustarse a la realidad, debido a que no se realizó con el promedio mensual devengado, ni el tiempo realmente laborado.
4. Dice que la relación laboral duró 17 años y 5 meses en forma ininterrumpida, realizando la labor encomendada de manera personal, subordinada y devengando un salario como contraprestación del servicio prestado, atendiendo las instrucciones del empleador sin que se llegare a presentar queja alguna o llamado de atención en su contra.
5. Finalmente añade, la demandada debe reliquidar sus prestaciones sociales, y adeuda lo concerniente a la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales al momento de la terminación de la relación laboral, despido sin justa causa, aportes a riesgos laborales, primas correspondientes a junio de 2018, y vacaciones y dotaciones de uniformes correspondientes a los años 2015, 2016, 2017 y 2018.

I.II. Contestación de la demanda

I.II.I. CANTERAS DE LOS ANDES S.A.

Se pronunció la demandada, argumentando ser cierto que la demandante laboró con un contrato a término indefinido desde el 15 de mayo de 2003, sin embargo, respecto a su salario, la última carta de aumento fue el 10 de septiembre de 2013, donde le notificaron que a partir del 1 de septiembre del mismo año, quedaría en \$800.000.

Aduce, se dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa el 28 de septiembre de 2018, pagándole su debida indemnización, y aclara, la empresa no consignó las cesantías, ya que el trabajador las pidió anticipadas para mejora de vivienda, por lo que no existió mora respecto a este concepto

En cuanto a las pretensiones formuladas, se opone a su totalidad, y formula a su vez las excepciones de *"demanda temeraria, cobro de lo no debido, buena fe de la empresa, mala fe del demandante, indeterminación e incongruencia de las pretensiones, prescripción, compensación, la innominada y cumplimiento de todas las obligaciones laborales la genérica"*.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia adiada en fecha 27 de abril de 2021, el Juzgado Segundo Quinto Laboral del Circuito de Montería decidió: DECLARAR que entre EDWIN MANUEL PEÑATA CAVADIA y la sociedad CANTERAS DE LOS ANDES S.A., existió un contrato a término indefinido, entre la data 15 de mayo de 2003 al 28 de septiembre de 2018, el cual terminó sin justa causa, como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a CANTERAS DE LOS ANDES S.A., a cancelar a favor del señor EDWIN MANUEL PEÑATA CAVADIA, por concepto de CESANTIAS, la suma de \$7.081.098.

Pudo determinar el a-quo, a pesar que la entidad pago directamente al sr. Peñata, esto no es permitido por la ley, lo anterior teniendo en cuenta

que no se encontraba bajo el régimen transicional de cesantías, sino bajo la ley 50 de 1990, que solo permite la afiliación a un fondo de cesantías.

III. RECURSO DE APELACION

III.I. PARTE DEMANDADA

Sustentó la apoderada judicial de la parte demandada su recurso de apelación, mostrando su descontento en lo referente a varios puntos de la sentencia de primera instancia así:

“Se pretende que la Sala Laboral, del Tribunal de Montería, revoque en su totalidad la sentencia proferida por este despacho el 27 de abril de 2021, por parte del Juzgado Laboral Quinto del Circuito de Montería

(...)

De los cargos, se acusa en la sentencia de incurrir en aplicar indebidamente el art. 254, pues la ley prohíbe que las cesantías no pueden ser pagadas por parte del empleador, esta prohibición no opera de manera automática y debe ser valorada por parte del legislador la buena fe y los supuestos procesales que dieron para que el empleador llegara a hacer el pago de esta manera y al revocarse esta sentencia en su totalidad, las cosas quedarían en la parte demandada”.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I. PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de la parte demandante, presentó escrito de alegatos, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

Arguye que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, y las prestaciones sociales correspondientes al periodo 25 de abril de 2001 no corresponden al tiempo y salario devengado.

Argumentando, se debe condenar, acorde con lo dispuesto por el a-quo, en su decisión de condenar al pago de los intereses de cesantías correspondientes.

V. CONSIDERACIONES

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

V.II. Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar;

i) Si erró el a-quo al momento de aplicar lo dispuesto en el artículo 254 del C.S.T. y así mismo; **ii)** la procedencia del pago de las costas procesales a que fue condenada la demandada CANTERAS DE LOS ANDES S.A. en la sentencia de primera instancia.

Para resolver, es pertinente señalar que en toda actuación administrativa o judicial, iniciada por las autoridades públicas o por los particulares debe darse estricta aplicación al art. 29 de la Constitución, en el entendido que debe respetarse el derecho al debido proceso de quienes hacen parte de ella, ya que debe garantizarse no solo el principio de legalidad, sino también los derechos a la presunción de inocencia, la buena fe y el deber de lealtad.

Respecto a los pagos de cesantías que alega haber realizado la accionada de manera directa al trabajador durante la relación laboral y que no fueron tenidos en cuenta a la hora de condenar, aludiendo que estos fueron perdidos, es muy clara la norma del Código Sustantivo del Trabajo, en su art. 254 donde prescribe respecto a la prohibición de pagos parciales del auxilio de cesantías lo siguiente:

"Se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo

en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado”.

Y se aclara, los casos autorizados, se encuentran descritos en el art. 256 del CST, en el cual se dicta lo siguiente:

“Los trabajadores individualmente, podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.

2. Los {empleadores} pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para los mismos fines.

3. Los préstamos, anticipos y pagos a que se refieren los numerales anteriores se aprobarán y pagarán directamente por el empleador cuando el trabajador pertenezca al régimen tradicional de cesantías, y por los fondos cuando el trabajador pertenezca al régimen de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990 y la Ley 91 de 1989, que hace referencia al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, previa solicitud por escrito del trabajador, demostrando además, que estas van a ser invertidas para los fines indicados en dichos numerales”.

Al respecto, se pronunció la H. Corte Constitucional en sentencia Sentencia T-776/14, donde señaló:

“(…) uno de los beneficios que tienen los trabajadores afiliados a los fondos de cesantías (sistema especial de liquidación anual y definitiva), es poder efectuar durante la vigencia del contrato laboral retiros parciales de las sumas de dinero abonadas en la cuenta individual a título de cesantía, para acceder de forma disciplinada a determinados bienes y servicios. Nótese entonces que la regla general es que dicho auxilio constituye un ahorro forzoso para el empleado que no puede considerarse en sí mismo un subsidio en caso de desempleo, pero por excepción la ley habilita casos específicos en los cuales es procedente el retiro parcial de la cesantía.

Justamente el artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 102 de la Ley 50 de 1990, estipulan esas posibilidades así: (i) para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a vivienda del trabajador; y, (ii) para pagar los gastos de matrícula del trabajador, cónyuge, compañera(o) permanente y sus hijos, por concepto de estudios de educación superior en institución reconocida por el Estado, caso en el cual el Fondo gira directamente a la entidad educativa y procede a descontar el valor correspondiente al anticipo de la cuenta individual del trabajador”.

Al hilo de lo enunciado, ha dicho la H. Corte suprema de justicia en sentencia SL2061-2020 con ponencia del Magistrado MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO, lo siguiente:

“Modus operandi este que por más común que parezca, en momento alguno puede ser avalado por el juez del trabajo, toda vez que, como bien lo evidencia el ataque en su recurso de casación, el artículo 254 del CST consagra la prohibición expresa de efectuar pagos parciales de cesantía al señalar que «se prohíbe a los patronos efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuarán perderán las sumas pagadas sin que puedan repetir lo pagado».

Refuerza lo anterior, lo dicho en sentencia CSJ SL7335-2014, que al reiterar lo enseñado en sentencia CSJ SL, 26 sep. 2006, rad. 27186., precisó lo siguiente:

La obligación de pago de esta prestación social recae sobre el empleador, quien de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 debe consignar su valor liquidado antes del 15 de febrero del año siguiente, en una cuenta individual que para tales efectos escoja el trabajador en un fondo de cesantía.

Sin embargo, puede ocurrir que el empleador incurra en el pago irregular de esta prestación, esto es, que no las consigne en un fondo sino que las entregue directamente al trabajador. Para esta clase de situaciones que no siguen los lineamientos que al respecto ha señalado la ley laboral, existe una sanción específica que se

encuentra en el artículo 254 del C.S.T. y que lo es la pérdida de lo pagado por ese concepto.

Lo expuesto en precedencia es suficiente para concluir que el cargo prospera, pues es claro que el Tribunal se reveló contra lo previsto por el artículo 254 del CST, el que tajantemente prohíbe la realización de pagos parciales, salvo los casos autorizados por la ley, so pena de entenderse por no cancelados”.

De lo anterior se evidencia, está expresamente determinado por la norma y la jurisprudencia, que la pérdida de lo pagado por el empleador, de manera directa al trabajador en lo concerniente a las cesantías, se constituye como una sanción por no seguir los lineamientos establecidos por la ley laboral, no cumpliéndose entonces con la finalidad propuesta por el legislador, la cual es salvaguardar al trabajador con un ahorro para el momento en que pudiera quedar cesante o desempleado, siendo procedente entonces confirmar la condena impuesta por concepto de auxilio de cesantías adeudados al trabajador, máxime cuando tampoco se demostró que los pagos se hubieran realizado en consonancia con los casos permitidos por la norma, como lo sería para el caso de vivienda.

En cuanto a las costas procesales de primera instancia:

Indica el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso lo siguiente:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”

En relación con la norma descrita se tiene que la demandada contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y presentó excepciones, aun así, salió vencida en el juicio, por lo tanto hay lugar a la condena en costas.

Costas en esta instancia:

No hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que no hubo replica al recurso de apelación y por ende se estiman no causadas, de conformidad con lo establecido en el art. 365 del C.G.P.

VI. DECISIÓN

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

VII. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia. Por las razones anotadas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En su oportunidad, devolver el proceso a su Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Montería, catorce (14) de diciembre del año dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Expediente 23-001-31-05-005-2020-00149-01 Folio 103-21
Estudiado y aprobado virtualmente

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montarías -Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **DANY LORENA VILLADIEGO ACOSTA** contra **COLEGIO GIMNASIO AMÉRICA**.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare que entre las partes existió una relación laboral desde el 10 de julio de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2019, que la demandada es responsable de el pago de las acreencias laborales y seguridad social no cotizadas a que tiene derecho en virtud del contrato laboral celebrado, en consecuencia, condenar a la demandada a pagar las acreencias laborales adeudadas, tales como, cesantías, intereses a las

cesantías, primas, vacaciones, sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales, sanción por no consignación de los aportes parafiscales, aportes a seguridad social en pensiones, durante el período que estuvo vigente la relación laboral y condenar a la demandada a pagar costas y agencias en derecho.

I.II. Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta la demandante que existió una relación laboral con la demandada desde el día 10 de julio de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2019, a través de contrato verbal de trabajo, a término indefinido.
- Alega que cumplió con las funciones de docente del área de inglés en los grados 1° a 5° de primaria, tal como se prueba en la certificación laboral expedida por la demandada, en fecha 03 de febrero de 2020.
- Indica la demandante que recibía ordenes constantemente por parte de la señora EDITH AGUIRRE CASARRUBIA, en calidad de rectora del Colegio Gimnasio América.
- Afirma que durante la vigencia del contrato laboral, el Colegio Gimnasio América, no cumplió con la obligación de afiliarla al sistema de seguridad social.
- Indica que le adeudan las prestaciones sociales, tales como, primas, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, desde el 10 de julio de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2019, y vacaciones por ese lapso.
- Arguye la demandante que le adeudan los aportes a seguridad social en salud y pensión, desde el 10 de julio de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2019.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I GIMNASIO AMERICA:

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada indicando frente a los hechos 1º, 2º, 3º,5º,6º,7º,8º,11 no son ciertos; y el hecho 4º es cierto, respecto a las pretensiones manifestó oponerse a todas.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 13 de abril de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, declaró que entre las partes no existió una relación laboral, como consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante.

En síntesis, el Juez de primera instancia manifestó que el carácter del fallo será absolutorio, por las siguientes premisas, está demostrada la prestación del servicio de la demandante, ya que existen certificaciones, contratos de prestación de servicios que no fueron cuestionados, del material probatorio se debe resaltar de la documental que efectivamente existe la prestación del servicio, por lo que presume el contrato de trabajo.

Ahora bien, el hecho de que sea un contrato de docente no la exime de que tenga que demostrar los elementos del contrato de trabajo, y si bien se presume esa subordinación, no es menos cierto que esta quedó derruida por las pruebas testimoniales y por el mismo interrogatorio de ella. Entonces, recordemos que los elementos del contrato del trabajo son prestación personal, y a pesar de que existe prueba que ella tenía un horario de trabajo, que tenía unas cargas académicas, no es menos cierto que ella misma dijo y sus compañeras dijeron que ella podía en caso de no asistir enviar a una persona, un tercero a ejecutar la labor que ella desarrollaba, es decir, se rompe el principio de *intuitu personae*, si se envía a un tercero bajo la vigilancia de ella misma, se rompe la relación o contrato de trabajo, así lo ha dicho la Corte en múltiples sentencias.

Por tanto, a pesar de que se encontraba amparada por la presunción la demandante, al demostrarse que prestó el servicio personal, no es menos cierto que se desvirtuó tal presunción, al demostrarse que ella podía enviar a un tercero. Luego entonces, no se puede predicar la existencia de un contrato de trabajo.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

III.I APODERADO JUDICIAL PARTE DEMANDANTE:

Interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida, dado el caso que el Juzgado si tuvo en cuenta los tres elementos del contrato de trabajo, pero interpreta el Juzgado que porque hubo una persona, es decir, mediante los testigos se definió que ellos podrían al momento de fallar a las clases, enviar a una persona para que lo representaran a ellos en el momento que no asistieran a clases. Si bien eso lo dijeron los testigos, su testigo nunca lo hizo, ósea si lo ha dicho la doctrina y jurisprudencia, un hecho es que lo diga otro que se ejecute, su testigo nunca lo hizo, nunca fallo a clase, siempre fue presencialmente a clase, nunca mando a un profesor a nombre suyo para que la reemplazara, esto nunca se dio.

Cosa diferente sería que el colegio Gimnasio América demostrara con documentos que, si lo hizo y que envió reemplazos a su nombre, pero aquí la demandada no lo hizo, nunca se rompió ese vínculo laboral con el colegio Gimnasio América, ese vinculo nunca se rompió siempre existió y siempre fue así. La demandante fue tan aplicada que nunca dejó de asistir a clases.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante, hizo uso de esta etapa procesal, reiterando lo manifestado en el recurso de apelación. La parte demandada guardo silencio.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

V.II. Problema jurídico.

En el caso en concreto, el problema jurídico consiste en determinar si se acreditó la existencia de una relación laboral entre las partes, verificando si se demostró la existencia de los elementos del contrato de trabajo, de ser así, establecer si hay lugar al pago de los emolumentos laborales solicitados.

I. Ahora bien, en primer lugar, es preciso indicar lo que es en realidad un contrato de trabajo, por lo que nos remitiremos al artículo 22 del Código Sustantivo del trabajo, el cual tiene como tenor literario "aque/ por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración".

Seguidamente, se debe precisar que para que pueda estructurarse un contrato de trabajo es necesaria la coexistencia de los elementos esenciales, tipificados en el artículo 23 C.S.T, esto es, que se preste personalmente la actividad contratada, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución.

Ahora, frente a la alegación de la existencia de un contrato de trabajo la jurisprudencia de la H. CSJ SCL ha sido pacífica al manifestar que al trabajador (demandante) solamente le incumbe probar la prestación personal del servicio, presumiéndose en consecuencia los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la retribución, evento en el cual, le corresponde al empleador demandado desvirtuar la subordinación. De la misma manera, el trabajador debe acreditar los extremos temporales, el monto salarial, la jornada laboral, para poder

obtener a su favor el reconocimiento de las pretensiones reclamadas relacionadas con las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones (**ver en este sentido sentencias de 25 de octubre de 2011, radicado 37547; SL16110, 4 nov. 2015, rad. 43377; 29 de mayo de 2019, radicado 61170; y SL3367-19 de 9 de julio de 2019, entre otras**).

En ese orden de ideas, es necesario evaluar las pruebas obrantes dentro del proceso, en primer lugar, de las documentales aportadas por la demandante se puede evidenciar información de afiliados en la base de datos única de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud-Adres; certificado expedido por el Gimnasio América, donde consta que la actora laboró desde el 10 de julio de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2019, como docente de inglés en los grados 1° a 5° de Educación Básica Primaria; derecho de petición de fecha 05 de marzo y 08 de mayo de 2020; respuesta derecho de petición de fecha 25 de marzo y 19 de mayo de 2020, en el cual indican que no es posible acceder a sus pretensiones; certificado de tiempo laborado y contraprestación devengada; resolución N° 0258 de 2015.

De las documentales aportadas por la demandada, se observa certificado de matrícula mercantil establecimiento de comercio, resolución N° 0258 de 2015, resolución N° 007, horarios de clases años 2017,2018 y 2019, resolución N° 009, contrato de prestación de servicios, nómina de pago, renovación contrato de prestación de servicios, nomina de pago 2018, protocolización 2017, 2018 y 2019, carga académica año 2017, 2018 y 2019, constancia de realización de pagos durante el año 2017,2018,2019; certificado de seguridad a los empleados expedido por asesorías y soluciones integrales Help in, contrato de prestación de servicios.

En cuanto al interrogatorio de la señora **EDITH DEL CARMEN AGUIRRE CASARRUBIA**, en su calidad de rectora y representante legal del establecimiento educativo Gimnasio América, al ser interrogada **PREGUNTADA:** ¿la señora Dany podía ausentarse de clases el día que quisiera? **RESPONDIÓ:** no, ella cumplía con su horario porque habíamos acordado que ella iba de lunes a viernes, 5 horas a la institución.

Por otra parte, indicó que a los docentes casi no se les paso memorando por la ausencia, más bien ellos comentaban a la coordinadora y esta hacia la manera de buscar o ella tenía que reemplazar al profesor, en toda institución, si es docente, manifiesta al rector que no puede ir, y él mira que hace, soluciona el problema, pero jamás se negaron permisos que tuvieran que ver con la salud o el docente. Así mismo, que cuando el docente falla se le preguntaba por qué falló, pero no le acarrea algo a la docente porque eso se manejaba internamente porque buscaban solución y cuando el docente fallaba se considera que lo hacía por una fuerza superior.

De otra parte, la demandante al ser interrogada, indicó que si se podía buscar un reemplazo en caso de no poder asistir a clases; posteriormente, al preguntársele si el reemplazo era un profesor externo, manifestó que sí, que el colegio ni siquiera conocía, ella debía encargarse de llevar al profesor y pagarle de su bolsillo, responder porque el profesor llevara la clase preparada, estuviera pendiente de los niños, escribirle como iba con los niños, que los cuidara, le advertía que no los dejara solos porque si a un niño le pasaba algo era responsabilidad de ellos, debían poner la cara al padre de familia, si al niño le pasaba algo y por miedo a que a los niños les pasará algo no faltó ni siquiera por una cita médica.

En lo referente a las pruebas testimoniales de las señoras Ingrid Paola Guerra Ramos, el señor Carlos Toribio Angulo, Rina Berrocal Petro y María Alejandra Figueroa Rodríguez. Por su parte la señora **INGRID GUERRA RAMOS**, indicó que la demandante realizaba varias actividades, era jefe de área de inglés, daba clases de religión, ética, era la encargada de la preparación de comuniones y realizar el English Day, así mismo, indicó que cumplía un horario establecido por la coordinadora Jennifer Ariza de 6:00 am a 1:00 pm, todos los días; y es testigo que la demandante laboró en los años 2018 y 2019, sin embargo, tenía entendido que laboraba desde el año 2017.

CARLOS TORIBIO ANGULO, quien al ser preguntado indicó que conocía a la demandante, ella ingresó a laborar en el año 2017, alude que comenzaban a laborar el 02 de febrero, y todos tenían un horario establecido de las áreas que daban. "**PREGUNTADO:** ¿durante que tiempo estuvo laborando? **RESPONDIÓ:** desde el 02 febrero 2017 hasta

2019, el contrato era por 10 meses, pagaban las vacaciones, el mes completo en junio y noviembre. **PREGUNTADO:** ¿en junio salían a vacaciones y le pagaban vacaciones? **RESPONDIÓ:** si, el mes completo. **PREGUNTADO:** diga si la señora Dany por alguna circunstancia no concurría al cumplimiento de su labor ¿podía mandar reemplazo? **RESPONDIÓ:** si, se podía enviar reemplazo, si tenía alguna cita médica, la hora en que necesitaba hacer su vuelta”.

RINA BERROCAL PETRO, al ser interrogada manifestó que conocía a la demandante desde el año 2017, a mitad de año cuando ingresaron a la planta de docentes en las reuniones, seguidamente, indicó que trabajaron juntas y les asignaron un horario igual desde las 6:00 am hasta la 1:00 de la tarde, manifestó que la coordinadora le daba ordenes a la demandante, hacia los horarios y en las reuniones explicaba a que horas debían llegar y velaba porque llegaran puntuales, se prepararan las clases, subir notas.

Seguidamente, indicó; **“PREGUNTADA:** a la señora Dany le cancelaban las vacaciones. **RESPONDIÓ:** no, le pagaban el mes de junio normal, pero no vacaciones, ni primas, ni horas extras. **PREGUNTADA:** si la señora Dany no podía concurrir a un día académico ¿podía enviar reemplazo? **RESPONDIÓ:** si se podía enviar reemplazo, siempre y cuando la señora Dany buscará otro docente y le pagará las horas que la señora Dany necesitara de un permiso, pero el colegio nunca le pagó a la señora Dany en el caso de ella, una hora cuando necesitaba un permiso”.

La señora **MARIA ALEJANDRA FIGUEROA RODRIGUEZ**, indicó que conoce a la demandante desde el 2017 a mitad de año cuando ingresó porque se necesitaba un profesor de inglés, manifestó que el horario de la demandante era de 6:30 am a 12:30 pm, que la actora recibía un salario, que se cancelaba mes a mes, indicó que le consta que la actora suscribió un contrato con el colegio Gimnasio América, los cuales se firmaban por cada año, desde el 02 de febrero hasta noviembre, y que dentro de ese año les daban vacaciones en octubre, junio y semana santa.

“PREGUNTADA: la profesora Dany cuando eventualmente no asistía a cumplir con sus compromisos quedaba en libertad de buscar algún reemplazo. **RESPONDIÓ:** claro, nosotros como profesores tenemos esa

parte de que si me siento mal o no puedo ir yo simplemente comunico con coordinación, mando mi reemplazo y me cubre. Si de pronto la señora no utilizó ese servicio porque iba a sus clases normales, pues ya está en ella, pero si se puede”.

En este orden de ideas, es pertinente reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentencia 00260 de 2016, la cual se ha pronunciado respecto a la labor docente, dijo:

“Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada⁵¹ de las subsecciones de esta Sala, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.

Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios⁵², comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno⁵³, de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, conaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio.”

Así mismo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-517 de 1999, indica el indiscutible carácter laboral de tales contratos, ya que, como lo ha señalado la labor docente, así sean de los llamados ocasionales o por hora cátedra, *«le es ínsita o consustancial la subordinación, de ahí que la relación que existe entre éstos y la respectiva institución es eminentemente laboral y cumple fielmente las condiciones o requisitos del contrato realidad»*.

De conformidad con la jurisprudencia, se tiene que la labor de los docentes se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos del servicio público de la educación. Así las cosas, en el

presente caso, del dicho de los testigos y las pruebas documentales se puede verificar que la demandante ejercía su labor de manera personal en las instalaciones del colegio Gimnasio América, y si bien los testigos fueron unísonos en manifestar que tenían la facultad de buscar un reemplazo que dictará las clases, cuando estos no podían asistir, y que debían cancelar de su sueldo al tercero que los reemplazará, no es menos cierto, que la rectora del colegio al ser interrogada indicó que los docentes le comentaban a la coordinadora y esta hacia la manera de buscar o ella tenía que reemplazar al profesor, lo que permite inferir que los docentes debían solicitar autorización para ausentarse de sus labores. Adicional a ello, en el plenario no se encuentra demostrado que la actora se hubiese ausentado durante el periodo que laboró en las instalaciones del colegio Gimnasio América.

En lo referente al elemento subordinación, es preciso señalar que la jurisprudencia antes referenciada indica que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicio, comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, por lo que se infiere que la subordinación y dependencia se encuentran inmersas en la labor docente.

De acuerdo con las pruebas documentales y testimonios rendidos en el plenario es dable concluir que la parte demandante cumplió con su carga probatoria de demostrar la existencia de los tres elementos esenciales para que se estructure un contrato de trabajo. Lo anterior, teniendo en cuenta como se dijo en precedencia que la actora prestó sus servicios de manera personal en la Institución Educativa Gimnasio América, se encontraba subordinada, toda vez que atendía lo dispuesto por la coordinadora del colegio, quien le indicaba los horarios, a quien le debía comunicar un permiso en caso de ausentarse, tal como lo establecieron los testigos, adicional a ello, se encuentra demostrado que la actora recibía una remuneración por los servicios prestados, como se observa en el certificado laboral donde consta que recibía una remuneración mensual para el año 2017 por la suma de \$726.000, en el año 2018 una contraprestación equivalente a \$822.800 y finalmente, en el año 2019 una suma de \$865.200. (Pagina 29 del expediente digital).

Ahora bien, en lo atinente a los **extremos temporales**, es oportuno remitirnos a los certificados que obran en el expediente digital, en primer lugar, se evidencia que la demandante aportó dos certificados, uno expedido por la Coordinadora del Colegio Gimnasio América donde consta que la actora laboró desde el 10 de julio de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2019; y otro expedido por la rectora donde consta que la actora laboró durante los períodos correspondientes al 15 de julio hasta el 15 de noviembre del año 2017; desde el 15 de febrero hasta el 15 de noviembre de 2018 y finalmente, desde el 15 de febrero hasta el 15 de noviembre de 2019.

De acuerdo con lo anterior, es importante señalar que en lo referente a la certificación expedida por la coordinadora del Colegio Gimnasio América, no existe certeza que la misma tuviera facultad para expedir este tipo de certificaciones, pues se debe tener en cuenta que la rectora en calidad de representante legal de dicha institución es quien debe expedir certificaciones. Por otra parte, una vez analizadas las pruebas adosadas al plenario se evidencia que la parte demandada aportó diversos contratos de prestación de servicios, los cuales dan certeza que la demandante ingresó el 15 de julio de 2017 y en los siguientes períodos comenzó desde el 15 de febrero de cada año.

En cuanto al extremo final, es pertinente indicar que si bien en la certificación referenciada se indica que la demandante laboró hasta el 15 de noviembre de cada año, de los documentos aportados por la parte demandada denominado nómina de pago, se observa que a la actora le cancelaban dos quincenas correspondientes al mes de noviembre durante los años 2017, 2018 y 2019, es decir, se concluye que la demandante trabajaba hasta el 30 de noviembre de cada año.

Ahora bien, una vez aclarados los extremos temporales, se debe establecer si la relación laboral fue mediante un solo contrato o diferentes contratos laborales. En ese orden de ideas, es pertinente traer a colación la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL4999-2019, Radicación N° 55833, de fecha 12 de noviembre de 2019, Magistrada Ponente CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA, en la cual dijo:

“Si bien los contratos fueron sucesivos, no fueron continuos, en la medida que ellos se pactaban por un número determinado de horas de cada semestre académico para docentes universitarios, como se encuentra permitido, conforme la interpretación que del artículo 101 del CST ha dado la jurisprudencia de esta Corporación. Así se dijo en la sentencia CSJ SL17830-2016:

Y es que, las pruebas atrás mencionadas reflejan que el vínculo del demandante para con la accionada lo fue por semestre, situación permitida por el artículo 101 del CST, en atención a que el mismo desarrolla una modalidad especial de duración del contrato de trabajo, diferente a la regulada en el artículo 45 del mismo ordenamiento, en tanto, dicho régimen se destina exclusivamente a aquellas personas con dedicación permanente como profesores de colegios o, como en este caso, universidades, donde, por lo general, sus servicios no son requeridos durante todo el año calendario. De allí, que contemple una duración contractual presunta, sin que requiera forma escrita, eso sí, salvaguardando la voluntad de las partes de acogerse expresamente a la misma, o que decidan celebrarlo por períodos mayores o a término indefinido.

Además, esta Corporación en sentencia CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 38182, que reiteró la identificada con el radicado No. 15623, indicó, que por año escolar debía también comprender el semestre universitario. Así se dijo:

Según el precitado artículo 101, la regla es la de que tales contratos se entienden celebrados por el año escolar ante el silencio de las partes contratantes sobre el término de duración de la relación.

Ahora bien, por año escolar esta Sala, de antaño, ha entendido el “equivalente al periodo académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario”. (Rad. 15623 de 2001)

En tal medida, al acreditar esos documentos que los vínculos del demandante lo fueron por semestre, lo procedente era calcular las cesantías y las vacaciones conforme a lo señalado en el artículo 102

del Código Sustantivo del Trabajo y, en los demás aspectos no regulados específicamente, por disposición del artículo 196 de la Ley 115 de 1994, debía estarse a lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, tal como se señaló en la sentencia CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 38182.”

Así las cosas, de las pruebas documentales adosadas al plenario, se evidencian varios contratos, los cuales se pactan por un término de 10 meses, y del certificado expedido por la rectora del colegio se observa que prestaba sus servicios con una intensidad horaria de 25 horas semanales. Por tanto, se extrae que la demandante laboró para el colegio Gimnasio América durante los períodos correspondientes al 15 de julio hasta el 30 de noviembre de 2017; desde el 15 de febrero hasta el 30 de noviembre de 2018 y finalmente, desde el 15 de febrero hasta el 30 de noviembre de 2019.

En ese orden de ideas, al encontrarse acreditado el contrato de trabajo entre las partes, corresponde determinar si hay lugar a los emolumentos laborales reclamados en la demanda. En primer lugar, se debe señalar que la parte demandada no propuso excepciones, adicional a ello en el plenario no se encuentra acreditado que la parte demandada cancelará las prestaciones sociales a las que la parte demandante tiene derecho, esto es cesantías, intereses a las cesantías y primas.

En lo referente a las vacaciones es pertinente acotar que los testimonios fueron unísonos en manifestar que en el mes de junio, les proporcionaban vacaciones, y les cancelaban su sueldo completo, adicional a ello, en el mes de octubre tenían una semana de descanso. Por lo que, del dicho de los testigos se extrae que la demandante gozó de vacaciones durante la vinculación con el Colegio Gimnasio América. Así las cosas, no habrá lugar a condenar a la demandada por este concepto.

Indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, y sanción moratoria por no consignación de cesantías:

Sobre este particular, se debe indicar que no es posible aceptar un actuar de buena fe de la demandada, pues no hay que perder de vista que los contratos de prestación de servicios con los que formalmente vincularon

a la actora, tenían que ver con la prestación de sus servicios de docente, a los cuales, como ya se indicó en líneas anteriores, desde el año de 1999, es decir, desde mucho antes del inicio del primer contrato celebrado con la actora, les está vedado acudir a las instituciones educativas, públicas o privadas, por virtud de la inexecutable del artículo 106 de la Ley 30 de 1992, declarada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-517 de 1999.

Ahora, si bien en la Ley y sentencia en mención se refieren a la educación superior, lo ahí pregonado se aplica con mayor razón para la labor docente en la educación preescolar, básica y media, pues, amén de conciernen a una misma actividad, a la de enseñanza, para estos otros niveles, al legislador nunca se le ocurrió prever la vinculación por contratos de prestación de servicios, sino, por el contrario, estableció expresamente, para el caso de los educadores estatales, que su vinculación *«sólo podrá efectuarse mediante por nombramiento»* (Vid. Art. 105, Ley 115/94), o sea una relación de tipo legal y reglamentario; y, para el caso de los educadores privados, también expresamente sujetó su relación con el establecimiento educativo particular, a la relación laboral gobernada por el Código Sustantivo del Trabajo. A esto se suma que, para los niveles de educación inferior (preescolar, básica y media), la ley que los regula (Ley 115/94 y demás que la modifican) no previó el docente por hora cátedra, respecto de los cuales la Ley de educación superior (Ley 30/1992) permitió los contratos de prestación de servicios, lo cual, como se dijo, resultó contrario a la Constitución tanto en las instituciones privadas y públicas de educación.

La H. Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL9156-2015, radicado N° 44186, Magistrado Ponente Jorge Mauricio Burgos, establece que: *“La indemnización moratoria consagrada en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 tiene origen en el incumplimiento de la obligación que tiene el empleador de consignar a favor del trabajador en un fondo autorizado el auxilio de cesantía, luego se trata de una disposición de naturaleza eminentemente sancionadora, como tal, su imposición está condicionada, como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del Radicación n.º 44186 42 Código Sustantivo del Trabajo, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono.”*

En ese orden, al existir mala fe por parte del empleador de la demandante, es viable la condena de indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST y sanción moratoria por no pago de cesantías, pues no existe justificación alguna por parte de la demandada para no cumplir con sus obligaciones. Por tanto, la demandada deberá cancelar la suma de **\$28.840** diarios, desde el 01 de diciembre del año 2019, por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando se verifique el pago.

Afiliación al sistema de Seguridad Social en pensión.

Ahora bien, en lo pertinente a la afiliación al sistema de seguridad social, la actora pretende que la institución accionada le cancele las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones durante la vinculación. Es importante señalar que el empleador está obligado a pagar el capital correspondiente al tiempo de servicio del trabajador al fondo en el que esté afiliado y de no estarlo el que él escoja; así lo indica en sentencia **CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 32922**, dice:

"Los trabajadores respecto a los que los empleadores tienen el deber de constituir títulos pensionales para habilitar el tiempo servido por el que no se efectuaron cotizaciones son aquellos cuya "vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley" como reza el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Y los empleadores a quienes la ley les atribuye tal obligación son aquellos que tienen o tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, como lo señala La ley 100 de 1993 en sus artículos 33, literal c), y 60 literal h), y los decretos reglamentarios, artículo 5 del Decreto 813 de 1994, el artículo 1 del Decreto 1887 de 1994. El entendimiento de la expresión los "empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión" debe guardar consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados, con la exclusión de los de regímenes expresamente exceptuados; de esta manera, el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional."

De conformidad con lo anterior, la parte demandada debe cancelar con base en el cálculo actuarial correspondiente, los aportes pensionales a la

entidad administradora de pensiones a la cual esté afiliada o escoja la actora, por los períodos señalados.

En lo referente a los aportes parafiscales, estos solo son obligatorios realizarlos durante la vigencia del contrato y ellos tienen una destinación específica, por lo tanto, no hay lugar a este concepto.

Así las cosas, al realizar la liquidación correspondiente de los conceptos a que tiene derecho la demandante, se tiene que la demandada debe cancelar, las siguientes sumas relacionadas;

LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES						
Desde	Hasta	Días	Salario	Cesantías	Intereses Sobre Cesantías	Prima de Servicios
15/07/2017	30/11/2017	166	726.000	334.767	18.524	334.767
15/02/2018	30/11/2018	286	822.800	653.669	62.316	653.669
15/02/2019	30/11/2019	286	865.200	687.353	65.528	687.353
Total		738		1.675.789	146.368	1.675.789

En ese orden, para realizar la respectiva liquidación se tomarán los relacionados en el certificado de salarial expedido por la rectora de la institución demandada. Así las cosas, en lo referente a la indemnización establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el empleador deberá cancelar la suma de \$16.556.027.

SANCIÓN MORATORIA					
Año	Fecha de Exigibilidad	Fecha Final	Días Liquidados	Salario	Valor
2017	15/02/2018	14/02/2019	360	726.000	8.712.000
2018	15/02/2019	30/11/2019	286	822.800	7.844.027
TOTAL					16.556.027

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en primera y segunda instancia a la parte demandada, toda vez que es la parte vencida dentro del proceso, ello de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 365 del CGP.

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

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizada de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia, y en su lugar, declarar la existencia de la relación laboral entre la demandante **DANY LORENA VILLADIEGO ACOSTA** y el **COLEGIO GIMNASIO AMÉRICA**, por varios contratos laborales correspondientes a los siguientes períodos: desde el 15 de julio hasta el 30 de noviembre de 2017, el segundo contrato desde el 15 de febrero hasta el 30 de noviembre de 2018 y el último, desde el 15 de febrero hasta el 30 de noviembre de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: En consecuencia, la demandada deberá cancelar a favor de la parte demandante las siguientes sumas:

LIQUIDACIÓN	
CONCEPTO	VALOR
Cesantías	1.675.789
Intereses sobre Cesantías	146.368
Prima de Servicios	1.675.789
Sanción Moratoria	16.556.027
TOTAL	20.053.972

En cuanto a la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la suma de **\$28.840** diarios, desde el 01 de diciembre del año 2019, hasta que se efectuó el pago correspondiente, ello de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

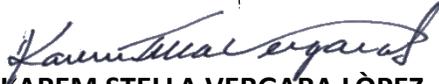
TERCERO: CONDENAR a la parte demandada a cancelar con base en el cálculo actuarial correspondiente, los aportes pensionales a la entidad administradora de pensiones a la cual esté afiliada o escoja la actora, por los períodos que tuvo vigencia la relación laboral.

CUARTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandada, de acuerdo con lo indicado en la motiva.

QUINTO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
 Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
 Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Expediente 23-466-31-89-001-2018-00057-01 Folio 137-2021
DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **IVAN RAMIRO CUELLO COTERA** contra **SEACOR S.A. E.S.P.**

I. ANTECEDENTES

I.I Pretensiones.

Pretende la parte actora se declare que entre el señor IVAN CUELLO COTERA y la empresa SEACOR S.A. E.S.P., existió un contrato de trabajo a término indefinido, que terminó por causas imputables al empleador, y como consecuencia de lo anterior, se ordene el pago del último mes de salario, con auxilio de transporte, horas extras dominicales y festivas, primas, vacaciones, intereses de cesantías, indemnización por despido injusto, y sanción moratoria contemplada en el art. 65 del CST, así como las costas del presente proceso.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Indica la accionante, estuvo vinculado con la empresa SEACOR S.A. E.S.P., en el cargo de SUPERVISOR OPERATIVO, mediante dos contratos de trabajo, el primero a término fijo, que inició el día 16 de enero de 2014 y culminó el 16 de marzo de la misma

anualidad y el segundo a término indefinido que desde el día 17 de marzo de 2014 hasta el día 13 de enero de 2016.

- Arguye que se pactó como salario, la suma de \$936.000 mensuales, terminando el vínculo contractual con un promedio mensual de \$1.300.000, tiempo durante el cual desarrolló su labor de manera personal, atendiendo instrucciones del empleador y cumpliendo con un horario de ocho horas diarias, iniciando a las 5:00 am y culminando a las 10, 11 o 12 pm y/o hasta que terminara la operación del día, incluidos domingos y festivos.
- Aduce que a principios del año 2015, empezó a requerir a su empleador para la contratación de más personal para cubrir parte de su turno, pues sentía fatiga laboral por la extensión de las horas laboradas, consiguiendo que se le colocara un auxiliar en el mes de abril, nombrándose al señor DOUGLAS ELIECER ALVAREZ, para tal cargo, pero que desde entonces el empleador por represalias comenzó a realizarle llamados de atención, culminándose su contrato con un trámite disciplinario irregular, pues el mismo violó a todas luces el reglamento interno de trabajo de la empresa.
- Dice que las causales de justificación para el despido, fueron un presunto incumplimiento por su parte, en las labores contratadas para llevar a cabo las operaciones de los vehículos de la empresa y recolección de basuras del día domingo 13 de diciembre de 2015, así como el incumplimiento a la circular de fecha 12 de diciembre, concerniente al procedimiento para tanqueo de vehículos, que se presentó los días 14, 16 y 18 del mismo mes.
- Argumenta que, se le realizó descargos el día 29 de diciembre de 2015, donde se le solicitó aclarar los hechos, a los cuales se negó a responder, aduciendo que para contestar esas preguntas, él debía revisar los correos enviados que corroborarían esas y otras situaciones expuestas, añadiendo, el 1 de julio se le había realizado llamado de atención, por incumplimiento de funcione, así como memorando el 6 de agosto.
- Aduce, faltó a la verdad el empleador, cuando indicó en la carta de despido, que aquél se negó a contestar los descargos practicados por la Dirección Administrativa y de Recursos Humanos el día 29 de diciembre de 2015, y que de la lectura de los descargos que se anexó, se observa la búsqueda de causas para poder fundamentar la terminación unilateral del contrato de trabajo, pues incluso atribuyen responsabilidades de otros empleados y de hechos que eran de pleno conocimiento de la empresa, iniciándose una persecución laboral, luego de que el demandante solicitara más personal para el desarrollo de las

labores de limpieza y aseo en los Municipios a cargo de la operación.

- Continua expresando, del comunicado de 22 de octubre de 2015, dirigido a su empleador, se puede observar que se autorizó para que le descontara de su salario mensual la suma de \$100.000, pero no para que le realizara descuentos de sus prestaciones sociales; asunto que procedió a realizar, procediéndose a efectuar esto en su liquidación final.
- Relata además, según su empleador, su liquidación ascendía a la suma de \$2.670.907, incluyendo salario y prestaciones sociales, pero solo le consignó a su cuenta personal \$1.374.698, lo que se dio, casi un mes después de haberse dado por terminado el contrato, siéndole retenido de manera arbitraria por su empleador, la suma de \$1.296.209.
- Finalmente arguye, le envió carta a su empleador, con el fin de que se le cancelaran los derechos laborales que considera le asisten, pero que no existió respuesta positiva del gerente, señor DORANCE RODRIGUEZ, quedando adeudados varios conceptos.

I.III. Contestación de la demanda

I.III.I SEACOR S.A. E.S.P.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por la demandada, a través de su apoderado judicial, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, por carecer de soporte legal, así como de probatorio.

En cuanto a los hechos narrados argumenta, es cierto que existió una relación laboral, pero que culminó con un promedio mensual de \$1.022.000, añadiendo además, si en algún momento se sintió perseguido por su empleador, debió presentar una queja ante el Comité de Convivencia Laboral o denunciar las supuestas irregularidades ante la Territorial del Ministerio del Trabajo, ya que esto solo se trae a colación para desnaturalizar la causa de su despido y que la falta que se tuvo en cuenta para su despido, se encuentra estipulada en el art. 62, inciso a, numeral 6 del CST.

Y alude, el señor IVAN CUELLO, envió una carta de autorización de descuento, firmando además un formato donde indicaba que autorizaba expresamente al empleador para que retuviera de su liquidación final los saldos adeudados en caso de terminación del contrato, por lo que no se realizó de manera arbitraria el descuento, consignándosele su liquidación con salario y prestaciones conforme a la ley.

En su defensa formuló la excepción de "Inexistencia de las obligaciones demandadas".

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 23 de abril de 2021, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano decidió: DECLARAR que la empresa SEACOR S.A. E.S.P. dio por terminado unilateralmente de manera injusta, el contrato de trabajo suscrito con el actor, y como consecuencia se CONDENAR a la empresa SEACOR S.A. E.S.P. a cancelarle al actor la indemnización por despido injusto la suma de \$2.012.593, debidamente indexada, DECLARAR parcialmente probadas las excepciones de fondo propuestas, y condenar en costas a la demandada.

Pudo determinar el a-quo, la empresa demandada no cumplió con las ritualidades que transcribe el reglamento interno de trabajo, para aplicar sanciones como lo fue el despido del actor, toda vez que no se encuentra evidencia alguna de que la demandada haya cumplido con el trámite para una debida notificación, así como tampoco era el momento oportuno para pedir aclaraciones respecto a hechos que habían ocurrido con mucho tiempo de anterioridad, por lo tanto, el despido efectuado se consideró injusto.

Por otra parte advierte, las sumas descontadas en la liquidación, fueron autorizadas por el trabajador, y siendo esto reconocido por el mismo en la demanda, fueron además demostradas de forma documental, sin que fuesen tachados por su parte.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I. PARTE DEMANDANTE

La apoderada judicial de la parte demandante, presentó recurso de apelación contra el fallo emitido, en lo referente al hecho décimo primero que se planteó con la demanda.

Dice que se le autorizó al empleador, se le descontara del salario la suma de \$100.000, pero en ninguno de esos apartes autoriza a la parte demandada para que le realizara descuento de sus prestaciones sociales, asunto que procedió a efectuar en la liquidación final, con violación al artículo 149 del CST, el cual dice que el empleador no puede retener o compensar suma alguna del salario sin orden suscrita por el trabajador para cada caso o sin un mandamiento judicial.

Argumenta, lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, citando lo siguiente: *“por consiguiente las normas prohibitiva de la compensación o deducción, sin autorización expresa del trabajador, rigen durante la vigencia del contrato de trabajo, porque una vez finalizado el vínculo frente a descuentos, que de la liquidación del crédito, por deudas inexistentes o no exigibles, lo que acarrea como consecuencia el no pago completo de sus salarios o prestaciones, con la consecuente sanción de mora de que trae el art. 65 del CST”*.

Y aduce, tachó en su oportunidad el documento visible a folio 61 del expediente, donde se habla de que su cliente había firmado un documento, situación que no ocurrió, y por eso se abrió una acción penal, incluso requiriendo a la parte demandada para que en esta audiencia aportara el documento en original que se niega a aportar, tanto como en el proceso de conocimiento como en el proceso de la fiscalía, aun cuando dicho documento tiene una gran importancia, ya que lo que busca la parte demandada, es desvirtuar la sanción del art. 65 del CST.

Por lo anterior solicita, se revoque la decisión que se encuentra en apelación en estos momentos y que en su defecto, despache favorablemente todas las pretensiones contenidas en el trámite.

III.II. PARTE DEMANDADA

Desiste de la apelación.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I. PARTE DEMANDANTE

Presentó alegatos la apodera Judicial de la parte demandante, solicitando sean revocados los numerales tercero y cuarto de la providencia objeto de alzada, y en su lugar, despachar las pretensiones solicitadas favorablemente, condenándose al pago de las prestaciones sociales pendientes.

Argumenta que con la demanda, se expuso en el numeral segundo de los hechos, que el actor devengaba un salario promedio mensual a la terminación del vínculo contractual de \$1.300.000, y que en el numeral décimo segundo, se dice, el actor solo autorizó para que le fuera descontado de su salario mensual la suma de \$100.000, toda vez que tiene responsabilidades como padre de familia, así como otras obligaciones a su cargo.

Y dice, al proceder el empleador a realizar la liquidación del trabajador, la que ascendió a la suma de \$1.374.698, se retuvo de manera arbitraria la suma de \$1.296.209, violando los preceptos que ya vienen sentados por la H. Corte Suprema de Justicia sobre el tema, además de lo indicado en el artículo 149 del C.S.T.

Relata en lo referente al documento aportado y denominado como FORMATO AUTORIZACIÓN DE DESCUENTO SOBRE SALARIOS, este es desconocido por el trabajador, pues no es su firma la que aparece en el documento, informando que incluso, se adelantó al respecto un proceso penal por fraude procesal en contra del representante legal y la abogada de la empresa demandada, induciendo al Juez de conocimiento a una decisión equivocada.

Finalmente añade, además del salario del actor, se retuvo de la liquidación antes mencionada, lo correspondiente a prestaciones sociales, para lo que no existía autorización, incumpliendo con ello expresa prohibición legal.

V. CONSIDERACIONES

V.I. Reunidos los presupuestos procesales de competencia, demanda en forma, capacidad procesal y capacidad para ser parte; corresponde por tanto dictar la sentencia que ponga fin a esta segunda instancia.

V.II. En el presente caso el problema jurídico principal estará en **(i)** determinar si los dineros retenidos de la liquidación final efectuada al actor, señor IVAN CUELLO COTERA, por parte de su empleador, eran procedentes de acuerdo con la autorización que considera, fue emitida por este, y como consecuencia **(ii)** sí habría lugar al pago de la sanción moratoria establecida en el art. 65 del CST.

En primer lugar resulta pertinente traer a colación las pruebas documentales aportadas, en aras de dilucidar, si efectivamente se demostró por parte del empleador, una autorización para la realización de los descuentos efectuados en la liquidación final del actor.

Ahora bien, se evidencia a folio 61, cuaderno N° 2 del expediente, *FORMATO DE AUTORIZACIÓN DE DESCUENTO SOBRE SALARIOS*, de fecha 26 de octubre de 2015, en la cual el señor IVAN CUELLO COTERA, autorizó expresamente al pagador de la empresa SEACOR SA ESP, para que se le descontara el valor de \$2.950.126, en 30 cuotas mensuales de \$98.338 y se indica: "así mismo autorizo expresamente al empleador para que retenga y cobre de mi liquidación final de prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones los saldos que este adeudando, si llegase a finalizar mi contrato antes de completar el pago de este".

Posteriormente se tiene, a folio 62 del cuaderno N° 2 del expediente, *NOTIFICACIÓN POR NÓMINA, POR FALTANTE EN CAJA OPERATIVA*, documento a través del cual se asume por parte del señor CUELLO, acerca de múltiples fallas en el proceso de control, manejo y supervisión de la caja operativa a la cual estaba a cargo del departamento operativo de la empresa, haciéndose responsable de pagar los dineros faltantes, autorizando el correspondiente descuento.

De lo anteriormente descrito se evidencia, efectivamente se demostró que el trabajador autorizó los pagos que le fueron realizados, sin embargo, alega la recurrente apoderada de la parte demandante, solo se autorizó para un descuento mensual de cien mil pesos de su salario, más no del pago de sus prestaciones sociales, afirmando que existe una falsedad en el documento mencionado y contentivo a folio 61 del expediente, ya que la firma del señor IVAN CUELLO no es auténtica, aduciendo además, se requirió para que se allegara el documento original y esto no fue posible, pretendiéndose zanjar con ello, el pago de la sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST, y en ese sentido se ha pronunciado la H. Corte

Constitucional en Sentencia SU774/14, donde esbozó del valor probatorio de los documentos tanto en copia, como en original lo siguiente:

"La distinción entre el valor probatorio de los documentos originales y las copias se ha ido disolviendo en el desarrollo legislativo. El artículo 11 de la ley 1395 de 2010 señaló que con independencia de si el documento es allegado en original o en copia éstos se presumen auténticos, hecho que como se explicó, permite que sean valorados. Por su parte, el artículo 246 del Código General del Proceso, expresa que "las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia".

En este orden de ideas, se avizora, las copias allegadas tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, y se advierte, el trabajador no logró demostrar la falsedad de la prueba alegada dentro de este proceso, así como tampoco dentro de un proceso penal, por lo que resulta completamente valido, ya que contrariando sus afirmaciones, este no fue tachado debidamente.

Ahora, si en gracia de discusión estuviera, se anota en el recurso de apelación, la existencia de una violación al artículo 149 del CST, por retener o compensar sumas sin orden suscrita por el trabajador, añadiendo además, las normas prohibitivas de la compensación o deducción sin autorización expresa del trabajador, rigen solo durante la vigencia del contrato de trabajo, porque una vez finalizado el vínculo, frente a descuentos por deudas inexistentes o no exigibles, se acarrea como consecuencia del no pago completo de sus salarios o prestaciones, la sanción de mora que trae el art. 65 del CST.

Y al respecto, ha manifestado la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL525-2020, Magistrado Ponente SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO, lo siguiente:

"De la norma transcrita es dable entender que no se puede descontar, retener, deducir o compensar valor alguno del sueldo o prestaciones de un trabajador sin la autorización expresa y por escrito de éste durante la vigencia de la relación de trabajo, para evitar abusos por parte de las empresas, pero nunca ha sido el objetivo de la ley exonerar de responsabilidades al trabajador frente a sus deudas para con la empresa.

*Difiere el entendimiento de la norma cuando se está en el momento de la terminación de la relación de trabajo **y el trabajador presenta deudas para con su empleador; en estos casos no se requiere, en rigor, de autorización escrita de descuento, pues las normas prohibitivas de la compensación o deducción sin autorización expresa del trabajador, rigen durante la vigencia del contrato de trabajo, pero no cuando éste termine**.*

En conclusión, se considera, no se demostró por parte del trabajador, la falsedad del documento que autorizó los descuentos realizados en su liquidación, siendo además que se encontraba en la potestad de realizarlos, esto de acuerdo con la jurisprudencia en cita, la cual permite que al empleador, al momento de terminar la relación de trabajo, realice las respectivas deducciones por deudas del trabajador, sin mediar autorización expresa del mismo, en consecuencia, no habrá lugar a imponer la sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales, establecida en el art. 65 del CST, solicitada por la parte demandante.

Finalmente, no habrá lugar a imponer costas, dado que no hubo réplica al recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el art. 365 del C.G.P.

VI. DECISIÓN

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

VII. FALLA

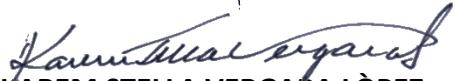
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia, en consecuencia a la motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Montería, catorce (14) de diciembre del año dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Expediente 23-001-31-05-004-2021-00025-01 Folio 151-21
DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Protección S.A, contra la sentencia de fecha catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **CARLOS ENRIQUE CASTILLA CAMPOS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor que se declare la ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A, declarar que para todos los efectos legales nunca se trasladó al régimen y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; declarar como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones, condenar a Protección S.A, a trasladar todos los aportes con sus respectivos incrementos e intereses a la entidad Colpensiones, y finalmente, condenar en costas y agencias en derecho a las demandadas.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta el accionante que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el mes 07 de 1978 hasta febrero de 1997.
- Alega el demandante que aportó al Régimen de Prima Media un total de 417.29 semanas.

- Afirma que cotizó al sistema hasta la presentación de esta demanda un total de 1.304.86 semanas.
- Indica que se trasladó al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A, el 01 de marzo de 1997.
- Manifiesta que los asesores de PROTECCIÓN S.A, nunca le ofrecieron una información completa y comprensible de las consecuencias de su traslado al nuevo régimen pensional.
- Arguye que la única información que conoció de protección fue que el Régimen de Prima Media se iba a liquidar y que todos debían cambiarse a los fondos privados.
- Alega el demandante que nunca le informaron que perdería los beneficios del régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993, en cuanto al porcentaje de liquidación y monto de la pensión de vejez.
- Indica que los asesores de PROTECCIÓN S.A, jamás le informaron que en el régimen de ahorro individual el monto de la pensión de vejez depende del capital ahorrado.
- Manifiesta que solo hasta el 09 de mayo de 2019, la AFP PROTECCIÓN S.A, proyectó el valor de su mesada en el régimen de ahorro individual.
- Arguye el actor que si le hubieren informado el día de su afiliación que el monto de la pensión iba a ser inferior al que obtendría en el régimen de prima media jamás se hubiese traslado de régimen.
- Finalmente, indica que solicitó a Colpensiones un retorno al régimen de prima media y este le fue negado el día 05 de diciembre de 2020.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad del actor al momento de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, y no es posible su retorno por estar a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, ausencia de nexa causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, buena fe, prescripción"*

I.III.II PROTECCIÓN S.A: Al contestar la demanda respecto a las pretensiones indicó que se opone a cada una de las declaraciones en las que se involucre a su representada y en especial a que se declare la ineficacia o nulidad del traslado del demandante al fondo pensiones administrado por

PROTECCIÓN S.A, toda vez que están frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica"*.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandas, declaró la ineficacia o nulidad del acto de traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de Protección S.A, el día 24 de enero de 1997; ordenó a Colpensiones, que proceda a recibir al actor como afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad; ordenar a Protección S.A, que de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual del demandante, con destino a las arcas del régimen de prima media administrado por Colpensiones y condenó en costas a las accionadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia indica que en el plenario no se acredita que se hubiese otorgado las explicaciones al demandante, de la manera que delimita la jurisprudencia, por tanto, es admisible la solicitud de ineficacia del acto de traslado pensional como solicita en la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada el despacho, toda vez que se encuentra ante un acto o negocio jurídico de traslado donde no ha sido parte el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, de manera que, únicamente Protección y el demandante fueron quienes participaron dentro del acto jurídico de traslado al que se hace mención.

Así mismo, encontramos que el demandante hizo uso del acuerdo de voluntades y prelación de voluntad de la cual cuenta con dicha potestad para efectos de seleccionar el Régimen al que desea pertenecer y de la misma manera seleccionar la administradora que considere que le convenga para efecto de administrar sus fondos de pensiones.

Ahora bien, como se acotó dentro de la sentencia la carga dinámica de la prueba, recae entonces sobre el fondo privado protección, es decir, debió

presentarle al demandante las ventajas y desventajas de régimen de ahorro individual con solidaridad y no Colpensiones. De manera que no se encuentra viable que se condene además en costas a su defendida, aparte de estar ordenándosele que reciba al demandante como afiliado.

Adicional a ello, manifiesta que no se debe descartar que sea el fondo de pensiones receptor en este caso Protección, la que soporte las consecuencias de esta inexistencia o ineficacia que se está declarando, y sufrague el pago de las prestaciones que se generan de la declaratoria de nulidad, en la forma que le habría correspondido en el régimen de prima media. En consecuencia, solicita se absuelva a su defendida de todas las condenas adversas a su defendida.

III.II PROTECCIÓN S.A.

La apoderada judicial de Protección S.A, interpone recurso de apelación de manera parcial solo en lo referente a la devolución de gastos ordenados. Indica que si bien se entiende que el fallo tiene un fundamento jurisprudencial, toda vez que el Juez lo ha sustentado en sentencias, en cuanto a la sanción de imponer la devolución de gastos de administración solicita que el Honorable Tribunal se aparte de esta posición, toda vez que no la comparte su representada y no la encuentra debidamente justificada, no existe un devenir claro de la jurisprudencia donde se explique el por qué de la devolución de los gastos de administración, si bien es cierto que la sentencia manifiesta que debe reconocerse las perdidas en los dineros, lo cierto es que en el caso que nos ocupa no existe pérdida, por el contrario existen unos rendimientos financieros que son reconocidos incluso que se ordena la devolución y a la que no se opone Protección S.A.

En ese orden, manifiesta que si se comprende la sentencia, tendrían que entender que en el caso hipotético de devolver los gastos de administración, porque no pueden los dineros de la cuenta individual tener ninguna pérdida, también se tendría que entender que no existiría una razón para la devolución de los rendimientos financieros. Entonces, la encontramos completamente contrario a la sostenibilidad financiera del sistema.

Además, considera que lo que debe pasar en estos casos y es lo que se le pide al Honorable Tribunal que se adhiera es que se debe aplicar la teoría de los actos jurídicos de forma simple para las declaratorias de ineficacia de procesos como estos o de contratos como estos, y dando una sucinta explicación debe entenderse como lo ha dicho la Honorable Corte que el acto de afiliación al fondo de pensiones es un contrato, y si nos vamos a las características es un contrato de tracto sucesivo; cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de este tipo de contratos no podemos realizar la función jurídica de devolver las cosas al estado anterior, porque como han sido prestaciones que se han dado en el tiempo, no se pueden devolver las acciones que se han ido dando.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial de Colpensiones presenta alegatos de conclusión reafirmando lo expuesto en el recurso de apelación.

V. CONSIDERACIONES

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a Colpensiones.

I. Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha dispuesto que "*...las administradoras de pensiones 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...*"; información que "*...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica...*". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omite suministrar la información completa y veraz que incluya los "*pro*" y también los "*contra*" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...". (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Diaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia

la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014) [...]*

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)”.

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Protección S.A, no le brindó la información necesaria al momento de la afiliación, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por Protección S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Protección S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

Por otro lado, se observa que el recurrente alega que se considere la posibilidad de que la AFP Protección S.A, sea la que otorgue los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le corresponderían en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto, se debe entender que siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por el apoderado judicial de Colpensiones.

De otra parte, la vocera judicial de la demandada Protección S.A, alega que no se deben regresar los gastos de administración al actor, por lo que se debe reiterar lo dispuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia, la cual ha sido pacífica en señalar que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias. En sentencia, SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, se dijo:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

«La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los

valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.»

De acuerdo con lo anterior, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, impele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

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

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

“ARTÍCULO 365. CONDENAS EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas,

una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.”

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que no hubo réplica al recurso de apelación y, por ende, se estiman no causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizada de Ley,

VII. RESUELVE:

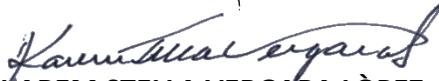
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Expediente: 23-001-31-05-005-2021-00011-01, Folio 147-2021
DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, así como el recurso de apelación interpuesto por el mismo en, contra la sentencia de fecha cinco (05) de mayo de dos mil veintiunos (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **BLANCA DEL PILAR DORIA GARCES** contra la **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

La demandante pide principalmente el reconocimiento de la pensión de vejez de la Ley 100 de 1993, a partir del 19 de marzo de 2019, con los reajustes de ley, mesadas adicionales, retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación, costas y agencias en derecho.

I.II. Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

Como causa petendi adujo que, en la actualidad cuenta con más de 68, en atención a que nació el 19 de marzo de 1962, que laboró como docente oficial al servicio del Municipio de Montería, entidad que reconoció pensión de jubilación mediante Resolución 0994 de 9 de junio de 2017.

Indica que, laboró con instituciones privadas cotizando más de 1.314,14 semanas al ISS, pero que Colpensiones mediante Resolución sub 27332 del 29 de enero de 2020 negó la pensión de vejez reclamada aduciendo ser incompatible con la pensión reconocida por la Alcaldía Municipal de Montería a atreves de Resolución 0994 de 09 de junio de 2017.

I.III. Contestación de la demanda

I.III.I. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, toda vez que, la demandante goza de pensión de jubilación reconocida por la Secretaría de educación de Montería que es incompatible con la pensión de vejez reclamada. Propuso las excepciones de fondo que denominó: *incompatibilidad pensional, buena fe, innominada o genérica.*

II. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta el A-quo accedió a las pretensiones condenando a la demandada a reconocer la pensión de vejez de la Ley 100 de 1993, al estimar que la demandante cumple con los requisitos para acceder a la misma, no siendo esta incompatible con la pensión de jubilación como docente oficial, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

III. EL RECURSO DE APELACION

III.I. Apelación de Colpensiones

El apoderado judicial del Colpensiones mostró su inconformidad respecto de la sentencia, aduciendo que, la pensión de vejez reconocida es incompatible con la pensión de jubilación de fue reconocida como docente oficial a la demandante por parte de la Alcaldía Municipal de Montería y

cargo del Fomag, indicando que dicho reconocimiento va en contravía de lo normado en el artículo 128 Constitucional, el cual contiene la prohibición de devengar más de una asignación proveniente del tesoro.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

Las partes presentaron oportunamente sus alegaciones; Colpensiones reafirmó lo manifestado el momento de sustentar el recurso en primera instancia. Mientras que la demandante aduce que, la prestación obtenida como docente oficial lo fue en aplicación de la Ley 33 de 1985 y la Ley 91 de 1989, los cuales en nada interfieren con los tiempos laborados como docente en el sector privado, como susto argumentativo cita la sentencia con radicado SL 2649 sin año, M.P.M Jorge Luis Quiroz Alemán; motivo por el cual solicita se confirma la sentencia apelada y consultada.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez, razón por la cual se procede a desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor.

V.II. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en el recurso de apelación y que también ha de resolverse el grado jurisdiccional de consulta, dado que la sentencia fue adversa a una entidad de la cual es garante la Nación, corresponde a la Sala determinar: **(i)** si la pensión de jubilación de docente oficial reconocida a la demandante y a cargo del Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, es compatible con la pensión de vejez establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 reclamada. De ser positiva la respuesta, **(ii)** si la demandante cumple con los requisitos de dicha pensión de vejez; y, en caso afirmativo, **(iii)** si la liquidación efectuada por el A quo de esa pensión se ajusta a derecho; para

finalmente establecer la procedencia de **(iv)** intereses moratorios, retroactivo y las excepciones de fondo propuestas por la demandada.

V. III. Compatibilidad de la pensión de vejez derivada del SGSS, con la pensión de jubilación reconocida a docentes del sector oficial.

Colpensiones mediante Resolución sub 27332 del 29 de enero de 2020 negó a la demandante la pensión de vejez, por considerar la incompatibilidad con la pensión oficial reconocida por la Alcaldía Municipal de Montería, mediante Resolución 0994 de 9 de junio de 2017, y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo anterior, no es de recibo para la Sala en razón a que las mentadas pensiones son compatibles, dado que provienen de fuentes distintas, y, además, la prestación que debe reconocer Colpensiones proviene de las cotizaciones y aportes que realizó la demandante no tiene el carácter de Pública, por consiguiente, no se puede predicar la violación de lo establecido en el canon 128 Constitucional, que contiene la prohibición de recibir más de una asignación.

Ello, tiene fundamento jurisprudencial de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral en sentencia SL2649-2020 –M. P- Jorge Luis Quiroz Alemán- Radicación n.º 7679, que sobre este puntual aspecto indico;

"En lo referente al último tema, relacionado con la incompatibilidad de las pensiones por infracción del art. 121 de la Ley 100/1993, se precisa que los dineros con que el ISS, hoy Colpensiones, reconoce las prestaciones, no pueden ser considerados como provenientes del tesoro público, toda vez que corresponden a las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, producto de su labor. Así lo ha indicado la jurisprudencia de esta Sala en diferentes sentencias, entre otras, en la CSJ SL9730-2014 y la SL5118-2019"

Criterio que se ha sido reiterado también por el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 21 de junio de 2018, Rad. 54001-23-33-000-2016-00056-01(1746-17), M.P. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.

Por tanto, solo docentes oficiales vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, con posterioridad al 27 de junio de 2003, es que sus derechos pensionales son los del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 y el acto legislativo A.L. 01 de 2005, parágrafo transitorio 1º; y, Sentencia SL1025-2019), lo cual no aplica a la demandante BLANCA DEL PILAR DORIA GARCES, porque, como se desprende de la resolución que le reconoció la pensión de jubilación por su labor docente vista a folio 21 a 23 del expediente digital, la vinculación al sector educativo oficial, lo fue el 23 de marzo de 1981.

V.IV. Cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez a la luz del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Establece el citado artículo los requisitos para obtener la pensión de vejez, y que el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones.

“El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

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

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

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo.

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

Revisado el expediente se tiene que, la demandante nació el 19 de marzo de 1962, por lo que los 57 años los cumplió a esa misma fecha del año 2019, momento para el cual se exigen 1.300 semanas de cotización al sistema, cumulo de semanas que sin lugar a dudas cumple la

demandante, más exactamente cotizó 1.312, así se observa en la resolución DPE 6077 del 17 de abril de 2020 proferida por Colpensiones, visible a folios 39 a 46 expediente digital.

Siendo ello así, no hay discusión que la demandante cumple con los requisitos exigidos para ser acreedora de la prerrogativa pensional contenida en el artículo 33 de Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

V.V. Liquidación efectuada por el A quo de esa pensión se ajusta a derecho.

La A-quo reconoció como monto de la mesada pensional la suma de \$1.306.647, a partir del 19 de marzo de 2019.

Para la Sala, es ajustado a de derecho, por cuanto, dicha liquidación la efectuó acorde con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y con el promedio de los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, la cual resultó ser más favorable a la demandante, que actualizados con índice de precio al consumidor- IPC, obtuvo un IBL de \$2.033.059; y que, para establecer el equivalente a la mesada pensional a partir del 19 de marzo de 2019, la A-quo recurrió a lo dispuesto en el canon 34 de la citada Ley 100, anotando que la tasa de remplazo para aplicar al IBL corresponde a 64.27%, teniendo en cuenta que la actora efectuó la última cotización el primero de diciembre de 2017, la cual se ajusta a los postulados trazados por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación laboral, tal es en sentencia SL5181-2020- SL2061-2021.

Liquidación que se acompasa con la realizada en esta instancia, donde se obtuvo una tasa de remplazo de 64.27%, como se observa en la siguiente tabla:

APLICACIÓN FORMULA TASA DE REEMPLAZO
$r = 65.50 - (0.50 s)$
$s = \text{I.B.L.} / \text{S.M.M.L.V.}$
$s = 2.044,458 / 828,116$
$s = 2,47$
$r = 65.50 - (0.50 \times 2,47)$

$r = 65,50 - 1,23$
$r = 64,27\%$

La explicación de la tabla descriptiva corresponde a que, la tasa de remplazo se obtiene aplicando la formula $(65,5 \times 0,5s)$ donde S corresponde a salario; el I.B.L. entre el salario mínimo año 2019 (\$828,116) arrojando un guarismo de 2,47, el cual es multiplicado por 0,5; obteniéndose como resultado la cifra de 1,23; la cual se resta al 65,5, arrojando la tasa de remplazo del 64,27%. Como es este asunto las semanas adicionales son 12 no se alcanza ningún punto adicional.

V.VI. Procedencia de intereses moratorios.

En la sentencia se condenó a Colpensiones al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 07 de marzo de 2020, en atención a que en es data culminó el plazo de gracia que tenía la demandada para reconocer a la actora la dispensa pensional solicitada, dado que está realizó la reclamación administrativa el 06 de noviembre de 2019; siendo dicho reconocimiento ajustado a derecho, por cuanto así lo dispone el parágrafo 1º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

V.VII. Del retroactivo pensional.

Las operaciones a aritméticas del retroactivo se toman desde el 19 de marzo de 2019 fecha en la cual se reconoció la pensión reclamada hasta el 30 de abril de 2021, obteniendo como resultado la suma de \$ 36.733.576, como se observa en la tabla ilustrativa a continuación.

Desde	Hasta	Vr. Mesada A quo	I.P.C.	Número de Mesadas	Valor
19/03/2019	31/12/2019	1.306.647	3,80%	12 días + 10 mesadas	13.589.129
1/01/2020	31/12/2020	1.356.300	1,61%	13	17.631.895
1/01/2021	30/04/2021	1.378.136		4	5.512.544
TOTAL					\$36.733.567

Siendo ello así, se liquida el retroactivo tomando la mesada liquidada por el A-quo, ello en atención a que, en el presente asunto se surte el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y en atención a que demandante no presentó ningún reparo frente a ese tópico.

V.III. De las excepciones de mérito propuesta por Colpensiones.

Por las resultas y consideraciones realizadas del proceso, vale mencionar que, no sale avante las excepciones *de incompatibilidad pensional, buena fe, innominada o genérica*, propuestas por Colpensiones

V.IX. De la condena en costas en la primera instancia

Esta condena es de recibo, porque COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda y resultó entonces ser la parte vencida en el proceso (Vid. CGP, art. 365-1°), máxime cuando dicha condena no está atada a consideraciones de buena o mala fe (Vid. Art. 368 CGP; y, Sentencias SL4092-2018 y SL4650-2017).

V.X. Costas

Dado que hubo replica a los recursos de apelación, se condenará al pago de las costas de esta segunda instancia a COLPENSIONES a favor de la demandante, (CGP, art. 365), y el grado jurisdiccional de consulta se resolvió desfavorable a dicha entidad pensional.

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

VI. DECISIÓN

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

VI. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

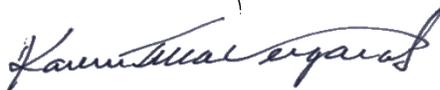
SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Montería, catorce (14) de diciembre de dos mil veintiunos (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente: 23-417-31-03-001-2019-00274-01, Folio 153-2021

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, así como el recurso de apelación interpuesto por el mismo en, contra la sentencia de fecha once (11) de mayo de dos mil veintiunos (2021), proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Lórica, dentro del PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GUADALUPE ARGEL DE JULIO** contra la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la demandante se declare que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge sobreviviente del finado Miguel Antonio Julio Rivera, a partir del 12 de noviembre de 2016, mesadas ordinarias y adicionales, intereses moratorios e indexación, condena ultra y extrapetita, costas y agencias en derecho.

I.II. Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

Como sustento aduce que, contrajo matrimonio con Miguel Antonio Julio Rivera el 22 de mayo de 1975, unión en la cual procrearon tres hijos, hoy mayores de edad, que a través de Resolución 002239 de fecha 18 de marzo de 2015 al señor Miguel Antonio Julio Rivera le fue reconocida pensión de vejez en cuantía de (\$1.008.679)

Indica que, inicio convivencia con el finado Miguel Antonio Julio Rivera, desde el 22 de mayo de 1975, hasta el día del deceso que lo fue, el 12 de noviembre de 2016, por lo que adelantó trámites para el reconocimiento de la sustitución pensional, la cual fue negada por Colpensiones mediante Resolución SUB 179284 del 10 de julio de 2019.

I.III. Contestación de la demanda

I.III.I. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada Colpensiones aceptó ser cierto los hechos 1 y 4 y no constarle 2 y 3. En cuanto a las pretensiones se opuso a todas y cada una por carecer de asidero jurídico que le permita ser procedente, toda vez que la actora no logró acreditar la convivencia con el fallecido Miguel Antonio Julio Rivero.

Propuso las excepciones de fondo que denominó; “prescripción, improcedencia para reconocer la pensión de sobrevivientes por no cumplir con los requisitos de la Ley 797 de 2003, e improcedencia de cobro de los intereses moratorios”.

Por su parte, el Curador Ad Litem de los herederos indeterminados del finado Miguel Antonio Julio Rivero, manifestó frente a los hechos y pretensiones que, la demandante deberá probar todos los hechos sobre los cuales edifica las pretensiones

I.III.II. Las audiencias estatuidas en el artículo 77 y 80 del CPTSS se surtieron de manera concentrada, recaudándose pruebas tanto documentales como testimoniales.

II. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta el A-quo accedió a las pretensiones condenando a la demandada Administradora de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a la demandante, al estimar que convivió con el finado Miguel Antonio Julio Rivero por más de cinco años, hasta el fallecimiento de éste, el 12 de noviembre de 2016, por lo que desde esa fecha dispuso para la demandante el disfrute de la pensión de sobrevivientes, estableciendo un retroactivo pensional a su favor, sin establecer el monto, es decir, en abstracto; reconoció el pago de los intereses moratorios; declaró como no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad pensional; condenó en costas y como agencias en derecho el 7% de las condenas impartidas.

III. EL RECURSO DE APELACION.

III.I. Apelación de Colpensiones

El apoderado judicial del Colpensiones mostró su inconformidad respecto de la sentencia, aduciendo que, se absuelva de la condena impuesta, habida cuenta que, la demandante no acreditó la convivencia dentro de los últimos cinco años anteriores al deceso del señor Miguel Antonio Julio Rivero, requisito indispensable para acceder a la pensión solicitada.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

Solo el vocero judicial de la parte demandada presentó alegaciones de conclusión, reiterando las afirmaciones de la sustentación de la respectiva apelación.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez, razón por la cual se procede a desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor.

V.II. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en el recurso de apelación y que también ha de resolverse el grado jurisdiccional de consulta, dado que la sentencia fue adversa a una entidad de la cual es garante la Nación, corresponde a la Sala determinar: **(i)** Si GUADALUPE ARGEL DE JULIO tiene derecho a la pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento de Miguel Antonio Julio Rivero; de ser procedente, **(ii)** fecha de disfrute, **(iii)** La excepción de prescripción; **(iv)** el monto, número de semanas y retroactivo pensional; y, **(v)** los intereses moratorios.

A efectos de resolver los tópicos planteados, se deberá establecer la normatividad aplicable al derecho pensional invocado.

V.III. Normatividad aplicable al derecho pensional invocado.

La normatividad aplicable para efectos de determinar la procedencia de la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento (Sentencias SL1994-201). Por tanto, como el causante Miguel Antonio Julio Rivero, falleció el 12 de noviembre de 2016 (Certificado de defunción, fl.10), la normatividad aplicable para establecer si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones que le fueron introducidas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

V.IV. Respecto a si la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y, en caso afirmativo, fecha de disfrute.

Cumplimiento de los requisitos de la pensión de sobrevivientes a luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Establece el citado artículo los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, y que la demandante deberá reunir las siguientes condiciones:

“Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: > Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

A) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.”

Revisado el expediente se tiene que, la demandante contrajo matrimonio por el rito católico con el finado el 22 de mayo de 1975 en la parroquia Santa Cruz de Lorica conforme al registro civil de matrimonio visto a folio 20 expediente digital, y que convivio con el finado Miguel Antonio Julio Rivero hasta el día de su deceso, es decir por espacio 40 años.

Además de ello, lo anterior se acredita con el interrogatorio practicado a la actora, quien manifestó que, pese a que su matrimonio tuvo particularidades, en cuanto a que por cuestiones netamente laborales su núcleo familiar se trasladó a la ciudad de Barranquilla donde laboraba su finado esposo, también lo es que, luego de la desmejora en salud que sufrió la actora, ésta tuvo que regresar a Lorica, ciudad en la cual siguió la convivencia como familia socorriéndose mutuamente.

Lo anterior, se acompasa con los dichos de los testigos Humberto Hernández Ortega y Julia Elvira González Hernández, quienes fueron unísonos y contestes en sus afirmaciones sobre la convivencia sana y pacífica que mantuvo la demandante con el finado Miguel Antonio Julio Rivero, más exactamente afirmaron que la pareja siempre se mantuvo unida, que inicialmente se fueron a vivir a Barranquilla por asuntos laborales del señor Miguel Antonio Julio Rivero, y que después de un tiempo (ella) la actora se regresó a Lorica donde permaneció, ya que el estado de salud que padecía y que a la fecha padece impidió que viajara constantemente a la ciudad de Barranquilla. Sin embargo, dicha circunstancia no fue óbice para que su finado esposo viajara a la ciudad de Lorica para disfrutar de su hogar y acompañar a su esposa, la cual según lo narrado tanto por ella como por los declarantes hace 7 años se encuentran lisiada en una cama debido a la enfermedad de obesidad que actualmente padece.

Ahora bien, el requisito de 5 años de convivencia respecto de la esposa no está supeditado a que sea dentro de los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del esposo como lo pretende hacer ver la demandada Colpensiones, sino que se tiene en cuenta que dicho término sea en cualquier época.

Sobre esta particular situación, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha definido el criterio según la cual; “la convivencia no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto así no se verifique una comunidad de vida al momento de la muerte del pensionado. Y es que dicha convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio”. sentencias **SL3202-2015, reiterada en SL6519-2017-SL1399-2018** M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Siendo ello así, no hay discusión que la demandante supera de lejos el requisito de la convivencia exigidos para ser acreedora de la prerrogativa pensional contenida en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues, como se pudo constatar, la actora convivió por más de cinco años con su finado esposo, esto es, desde la fecha de la celebración del rito católico en 1975 hasta le data de la muerte. Por consiguiente, ha de tenerse a la actora como beneficiaria de la dispensa pensional

V.V. Fecha de disfrute de la pensión.

La fecha de causación y disfrute de la pensión de sobreviviente lo es la fecha del fallecimiento del pensionado o afiliado causahabiente (Vid. Sentencia SL1019-2021), es decir, en este caso lo es desde el 12 de noviembre de 2016.

V.VI. Monto, número de mesadas y retroactivo pensional.

Dado que la pensión de sobreviviente se causa por la muerte de un pensionado, el monto de aquélla lo viene a ser el 100% de la pensión que aquél disfrutaba.

Por consiguiente, como el finado Miguel Antonio Julio Rivero disfrutaba, para la data de su fallecimiento, una pensión equivalente a \$ 1.008.679, ello significa que la demandante tiene derecho al monto de la mesada pensional, tal y como bien lo estableció el A-quo.

La Sala encuentra que, la demandante tiene derecho a la prestación económica pedida, por lo tanto, hay lugar al reconocimiento de un retroactivo pensional, pues el mismo se deduce del 100 % de la dispensa pensional que disfrutaba el pensionado, lo que se ajusta al precepto normativo del inciso 1° Del artículo 48 de la ley 100 de 1993

No obstante, observa la Sala que, el A-quo omitió disponer la aplicación del descuento de los aportes al SGSS en salud, razón por la cual se hará la adición respectiva a la sentencia, teniendo en cuenta el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.VII. Procedencia de los intereses moratorios.

Sobre tal concepto, es de recibo por esta Sala la condena impuesta por el A-quo a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en la medida en que la reclamación administrativa que realizó la actora solicitando el reconocimiento y pago de la dispensa pensional lo fue desde el 06 de junio de 2019, solicitud que fue resuelta negativamente el 10 de julio de 2019 mediante resolución SUB 179284 por dicha entidad, sin tener presente que, en asuntos en los cuales quien reclama una sustitución pensional es la esposa con vínculo matrimonial vigente, el requisito de los 5 años de convivencia exigidos por la norma debe entenderse que es en cualquier tiempo, de manera que, era de pleno conocimiento por Colpensiones que la actora era acreedora de la dispensa pensional solicitada; por tanto se ajusta a derecho la condena impuesta por el A-quo.

V.VIII. De las excepciones de mérito propuestas por Colpensiones.

Como se anotó, Colpensiones formuló las excepciones de *improcedencia para reconocer la pensión de sobrevivientes por no cumplir con los requisitos de la Ley 797 de 2003, prescripción e improcedencia de cobro de los intereses moratorios*.

Por las resultas y consideraciones esbozadas del proceso, es preciso indicar que, no salen abantes las excepciones de fondo denominadas, *improcedencia para reconocer la pensión de sobrevivientes por no cumplir con los requisitos de la Ley 797 de 2003, e improcedencia de cobro de los intereses moratorios*.

En cuanto a la excepción de prescripción, ha de tenerse en cuenta que, a la demandante le fue negada el reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes mediante resolución SUB 179284 del 10 de julio de 2019, por lo que con la notificación de dicha Resolución quedó interrumpido el término de prescripción, de ahí que con la presentación de la demanda el 28 de noviembre de 2019 no alcanzó a configurarse la acción extintiva, máxime cuando, a la fecha de esta sentencia no se ha superado el término prescriptivo contenido en el artículo 151 del C.P.L y S.s.

V.IX. De la condena en costas en primera instancia.

En cuanto a la condena a Colpensiones, ha de mantenerse, por cuanto se resistió a las pretensiones formuladas con la demanda, proponiendo para su defensa excepciones de fondo que no tuvieron éxitos, luego entonces es merecedora de pagar las costas a la parte demandante en la primera instancia, máxime cuando la condena impuesta no está supeditada a la buena o mala fe (art. 365 -1º -C.G. P y SL1309-2021).

Corolario de todo lo dicho, es que hay lugar a adicionar el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada, a efectos de autorizar a COLPENSIONES a realizar los descuentos para los aportes de salud, de las condenas al pago de mesadas y retroactivo pensional

V.X. Costas de esta instancia.

No se impondrá condena en costas en esta segunda instancia, por cuanto no hubo replica y la sentencia fue adicionada a favor de Colpensiones (CGP, art. 365-8º).

VI. DECISIÓN

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

VII. RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numero tercero de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de autorizar a COLPENSIONES para que, del retroactivo pensional reconocido efectuó la respectiva deducción por aportes salud y lo transfiera a la EPS en la que la demandante se encuentre afiliada.

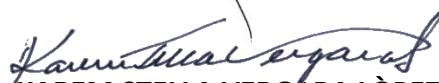
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Montería, catorce (14) de diciembre del año dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-660-31-03-001-2019-00051-04 Folio 160-2021

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de doce (12) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Sahagún, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **KARE JOSEFINA ALMANZA CORONADO** contra **CORPORACIÓN MI IPS NARIÑO**, representada legalmente.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora, se declare que entre ella y la empresa CORPORACIÓN MI IPS NARIÑO, existió una relación laboral desde el 1 de septiembre de 2015 hasta el día 28 de febrero de 2017, como consecuencia de la sustitución patronal que se celebró desde el día 1 de octubre de 2016.

Solicita que como consecuencia de la terminación de la relación laboral, se condene a la demandada al pago fraccionado de cesantías, intereses de cesantías, vacaciones y prima de servicio correspondiente al periodo del 1 de enero de 2017 hasta el 28 de febrero de 2017 e indemnización por falta de pago contemplada en el art. 65 del CSTSS, desde el 1 de marzo de 2017, hasta el día que se cancelen las acreencias laborales adeudadas, e indexación.

I.II. Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Indica la actora que prestó sus servicios profesionales como enfermera en la CORPORACIÓN IPS CÓRDOBA, a través de un contrato de trabajo a término fijo desde el día 1 de septiembre de 2015, recibiendo un salario integral por un valor de \$1.578.200.
- Arguye que el día 1 de octubre de 2016, se suscribió entre CORPORACIÓN IPS CORDOBA y CORPORACIÓN MI IPS NARIÑO, cesión de contrato individual de trabajo con efectos de sustitución patronal, ingresando en dicha fecha integralmente a la dependencia y subordinación de la demandada, sin existir durante la relación laboral que sostuvo solución de continuidad.

- Aduce que desde la fecha de la sustitución patronal, la demandada asumió todos sus derechos y obligaciones de carácter laboral, conservando los beneficios pactados con el empleador primogénito, es decir, salarios pactados, antigüedad y demás condiciones.
- Manifiesta que el día 15 de noviembre de 2016, su empleadora le notificó la terminación de su contrato de trabajo, el cual no sería renovado, haciéndole efectiva la cesación de sus servicios el día 28 de febrero de 2017.
- Informa que a la fecha de presentación de la demanda, no se le han cancelado los conceptos referentes a cesantías, prima de servicios e interés de cesantía de la fracción del año 2017 adeudados, así como tampoco vacaciones correspondientes al periodo desde el 1 de septiembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2017.
- Relata que la demandada le ordenó que debía firmar el cálculo de las prestaciones sociales que le debe la empresa, para efecto de que las mismas fueran canceladas, lo cual según sus afirmaciones, no ha ocurrido.
- Finalmente dice, se ha comunicado de forma telefónica en reiteradas ocasiones a la empresa, para obtener el pago de las acreencias debidas, sin recibir respuesta positiva alguna.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

II.I Corporación mi IPS Nariño.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada a través de curador Ad-Litem, quien manifestó que deben probarse en su totalidad los hechos planteados en la demanda.

En cuanto a las pretensiones realizadas, manifiesta que se atiende a lo que resulte probado dentro del proceso.

III. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 12 de mayo de 2021, el Juzgado Civil del Circuito de Sahagún decidió: DECLARAR que existió una relación laboral entre la señora KARE JOSEFINA ALLMANZA CORONADO y la empresa MI IPS NARIÑO, desde el 1 de septiembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2017, como consecuencia de lo anterior, condenar al pago de los intereses moratorios, hasta que se verifique el pago total de la obligación y absolver al demandado de las demás pretensiones.

Pudo determinar el a-quo, de acuerdo con las pruebas aportadas, tanto documentales como el interrogatorio de parte de la Representante Legal de la demandada, efectivamente se demostró que la señora KARE JOSEFINA ALMANZA CORONADO, prestó su actividad personal a la demandada, teniendo dependencia de ésta y recibiendo sus órdenes.

Argumenta, se dio la existencia de una sustitución patronal, asumiendo MI IPS NARIÑO, todas las obligaciones laborales con la demandante, conservándose todos los beneficios que ya habían sido pactados con MI IPS CÓRDOBA.

Finalmente dice, fueron pagadas las fracciones correspondientes al periodo del 1 de enero de 2017 al 28 de febrero de 2017, así como las vacaciones adeudadas, aunque esto se realizó de manera tardía.

Respecto a la sanción moratoria, aduce que el comportamiento del empleador no estuvo regido por la buena fe, ya que solo pagó lo adeudado, luego de cuatro años y tres meses.

IV.RECURSO DE APELACION

IV.I. Parte demandada.

La apoderada judicial de la parte demandada presentó recurso de apelación, argumentando que, bien sentado está por la jurisprudencia, que la sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST no opera de forma automática, sino una vez se verifique la existencia de mala fe por parte del empleador, y aclara, en ese sentido debe verificarse la conducta del empleador.

Indica la recurrente, la Corporación Nariño, es una institución prestadora de servicios de salud de baja complejidad ambulatoria, que hace parte de una red prestadores a nivel nacional, y comenta que en el desarrollo de su objeto social, esta suscribió relaciones contractuales, con las EPS SALUDCOP, y posteriormente con la EPS CAFÉ SALUD, las cuales entraron en un proceso de intervención, quedando en ellas pendiente el pago de una cartera alta.

Informa que mediante Resolución 2422 del 25 de noviembre de 2015, la institución demandada, sufrió otra afectación a sus finanzas y que la falta

de pago a la demandante no obedeció a la voluntad de la Corporación, pues no solo se ha presentado mora en el cumplimiento de obligaciones laborales, sino que es una situación que afectó la totalidad de las obligaciones de la institución, y comenta que a pesar de ello, mediante resolución 2426 de julio de 2017, se aprobó por la Superintendencia Nacional, el plan de reorganización de CAFÉ SALUD, con reasignación de usuarios a MEDIMAS, por lo que desde finales del 2017, se están ejecutando relaciones comerciales con esta.

Finalmente arguye que los motivos de los leves retrasos en el reconocimiento del pago de la liquidación final del contrato de la demandante, no obedecieron a razones injustificables, y tampoco a un actuar de mala fe, pues los trabajadores eran conscientes de la difícil situación, no solo la empresa sino en general del sector salud, ya que además, en la actualidad a la EPS MEDIMAS, la Superintendencia, le revocó parcialmente, la habilitación dentro de la región de Nariño, donde presta los servicios la Corporación, pero que no obstante, debido a todas las situaciones que afectaron el curso de la institución, la Corporación una vez conoció el caso presente, empezó a realizar las acciones pertinentes, a fin de acreditar el pago de la señora KARE JOSEFINA, y con ello reconocer las acreencias causadas en vigencia de la relación laboral y por tal motivo, se realizó depósito judicial.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

V.I.PARTE DEMANDANTE

Presentó alegatos de conclusión el apoderado judicial de la parte demandante, quien manifestó que fue aprobado y aceptado en

declaración de parte la deuda prestacional en favor de su mandante, siendo esto razón suficiente para que el a-quo reconociera esa pretensión a su favor.

Arguye además que es plausible el reconocimiento de la indemnización del art. 65 del CST a la que se condenó, toda vez que la demandada no pudo probar su actuar de buena fe sobre el desconocimiento del pago de las prestaciones sociales descritas, hasta el punto que en declaración de parte, expresó la representante legal de la CORPORACIÓN MI IPS NARIÑO, que desde el término de la relación laboral nunca la empresa estuvo en un proceso de liquidación o reorganización, y que continuo ejerciendo su objeto social y actividad económica, lo que permitía tener rubro o capital para cancelar los valores debidos.

Finalmente solicita, se confirme la sentencia alegada, a efectos de mantener incólume el derecho reconocido válidamente en favor de la trabajadora reclamante.

VI. CONSIDERACIONES:

VI.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

VI.II. Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si;

En el caso en concreto, el problema jurídico consiste en determinar ***si erró el a-quo al condenar al pago de la sanción moratoria, establecida en el art. 65 del CST.***

Recuérdese que, este Tribunal ha establecido una sub-regla a partir de un análisis global de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre el tema, según la cual cuando la declaratoria del contrato de trabajo se funda exclusivamente en la presunción de su existencia por acreditación de la prestación personal de los servicios, sin que exista prueba de que la parte demandada haya ejercido el poder subordinante, en principio o por regla general, no hay lugar a imponer las sanciones o indemnizaciones moratorias, porque generalmente la ausencia de prueba de la subordinación comporta igualmente una ausencia de prueba de la mala fe de la demandada. Sub-regla en comentario que esta colegiatura ha derivado de un análisis global a los precedentes de la Honorable Sala de Casación Laboral, ya que ésta normalmente encuentra como hecho fundamental para inferir la mala fe del empleador, si éste ejerció el poder de subordinación, por ejemplo mediante sentencias **STL2100-2019 Y STL, 13 may. 2020, rad. 59396**, entre otras.

Descendiendo al caso concreto, se observa que el fallo de primera instancia para reconocer las prerrogativas laborales de la relación entre la señora ALMANZA CORONADO y la entidad CORPORACIÓN MI IPS NARIÑO, no recurrió a la presunción del contrato de trabajo contenida en el artículo 24 del CST, puesto que de las pruebas allegadas, pudo concluir el a-quo, la existencia de un contrato laboral celebrado entre las partes, por tanto, no se dará aplicabilidad a la mencionada sub-regla, procediéndose a analizar la buena fe del empleador, a partir de los supuestos fácticos y el material probatorio arrimado.

Frente a lo anterior, se aclara, la relación laboral declarada en primera instancia tiene lugar para los extremos temporales desde el 1 de septiembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2017, siendo ordenado a la demandada el pago por concepto de sanción moratoria del art. 65 CST, en la suma de \$37.876.320, y a partir del 1 de marzo de 2017, los intereses moratorios, hasta que se verifique el pago total de la obligación, siendo oportuno entrar a estudiar si efectivamente resulta procedente dicha condena.

La **indemnización moratoria consagrada en el art. 65 del CST**, modificado por el art. 29 de la Ley 789 de 2002, es del siguiente tenor literal:

"Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique"

Como argumentos del recurrente para el no pago de la liquidación a la trabajadora, tenemos que alude a la situación económica que atraviesa la institución MI IPS SALUD NARIÑO, y explica como motivos, las relaciones

contractuales suscritas con EPS SALUDCOOP y posteriormente con EPS CAFÉ SALUD, las cuales entraron a un proceso de intervención, quedando pendiente, el pago de una cartera muy alta, y explica que mediante resolución 2426 de julio de 2017, se aprobó por parte de la Superintendencia Nacional, el plan de reorganización de CAFÉ SALUD, con reasignación de los usuarios a la EPS MEDIMAS, siendo que a esta, se le revocó parcialmente la habilitación en la región de Nariño, debilitando todo esto sus finanzas, por lo que no obedeció el retraso en el pago de acreencias de la actora, a razones injustificables, así como tampoco a un actuar de mala fe.

Y de acuerdo con la exposición de motivos narrados por la recurrente, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL2448-2017, Magistrado Ponente Rigoberto Echeverry Bueno, donde se indicó:

*"la jurisprudencia de esta Corporación ha venido sosteniendo que el estado de insolvencia económica o iliquidez del empleador, por sí solo, no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto, incluso en estos eventos, el patrono puede ejecutar actos contrarios a la buena fe en el no pago de acreencias adeudadas a los trabajadores a la terminación del contrato, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar su buena fe (**ver sentencias CSJ SL, 18 sep. 1995, Rad. 7393, CSJ SL, 3 may. 2011, Rad. 37493 y CSJ SL, 14 agos. 2012. Rad. 37288**)".*

De la jurisprudencia en cita se logra interpretar, la insolvencia o iliquidez económica del empleador, por sí sola, no lo exonera de la imposición de

la sanción moratoria, toda vez que este debe acreditar las razones atendibles a su incumplimiento, de manera que se pueda predicar su buena fe.

Bajo los anteriores preceptos, se hace necesario escudriñar dentro del material probatorio aportado, en aras de verificar si se cumplieron por parte de la recurrente, los preceptos antes descritos.

De las documentales aportadas tenemos:

- A folio 15 del expediente, *Carta De Terminación Del Contrato Laboral A Término Fijo*, de fecha 15 de noviembre de 2016.
- En el folio 16, *Liquidación final de contrato*, fechada 28 de febrero de 2017, donde se realiza un cálculo total por la suma de \$1.714.977, suscrito por ambas partes de la relación laboral.

Del interrogatorio de parte practicado a la representante legal de la CORPORACIÓN MI IPS NARIÑO, señora MARTHA ELENA QUINTERO GATTAS, se observa, esta aceptó que si bien se le requirió a la señora ALMANZA CORONADO, para que firmara la referida liquidación de sus acreencias, esta no fue cancelada en ese momento, sino que se buscaba poner en conocimiento de los empleados, los valores que posteriormente se les pagarían.

De otra parte, aclaró al cuestionamiento realizado por el apoderado judicial de la demandante, que la CORPORACIÓN MI IPS NARIÑO, no se encuentra en proceso de disolución, ni en insolvencia, sino que en el momento tienen una facturación pendiente con MEDIMÁS, por lo que

están tratando de saldar todas sus deudas, dándoles prioridad a sus empleados.

Se le preguntó: *¿En 2017, en que IPS seguía prestando servicios?*

A lo que respondió: *en Nariño, Occidente, Eje Cafetero, Santander, Norte de Santander.*

Y a la pregunta: *al estar abiertas esas IPS, ósea que ¿seguía el flujo de caja en 2017, así sea no lo que ustedes quisieran, pero si entraba?*

Dijo: *"Si señor, no lo suficiente para sostener el funcionamiento, pero si seguía ingresando"*

Por otro lado, en el interrogatorio de parte, afirmó que la demandada CORPORACIÓN, en fecha 6 de mayo de 2021, realizó un depósito judicial, por la suma de \$1.714.977, correspondiente al pago de la liquidación que se encontraba adeudando a la trabajadora hoy demandante.

Conforme lo anterior, se tiene que si el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas al trabajador, debe pagar una sanción por mora, no obstante dicha sanción no opera de manera automática, ya que corresponderá al juzgador realizar un estudio oportuno de las pruebas allegadas al proceso, para así y según el criterio que logre formarse, pueda tomar una decisión en derecho y basándose en la buena o mala fe que logre demostrar el empleador respecto a la condena solicitada, tal como se evidencia en la sentencia del 7 de julio de 2009, radicación 36821, donde la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral precisó lo que a continuación se transcribe:

*"La indemnización moratoria –consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para el caso de los trabajadores particulares; y en el 1 del Decreto 797 de 1949, para el de los trabajadores oficiales- es una figura jurídico-laboral que ha merecido el discernimiento reflexivo y crítico de la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social, que ha decantado su doctrina en torno a las sendas que deben seguirse para el combate de la sentencia que la haya impuesto o dejado de imponer en un caso determinado, al igual que las modalidades de violación que deben emplearse. "En ese sentido, **esta Sala de la Corte, al acoger el criterio jurisprudencial expuesto desde el Tribunal Supremo del Trabajo, que ha devenido sólido, por sus notas de pacífico, reiterado y uniforme, ha precisado que la sanción moratoria no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cubra al trabajador los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (estas últimas, sólo en la hipótesis de los trabajadores oficiales) que le adeuda. "Es decir, la sola deuda de tales conceptos no abre paso a la imposición judicial de la carga moratoria."***

Es menester precisar que en el caso que hoy nos ocupa, se logra verificar a través de los medios expuestos anteriormente, la demandada no cumplió con su obligación de pagar la liquidación correspondiente a la actora, al finalizar la relación laboral, esto sin justificación válida alguna que pudiera demostrar su buena fe, toda vez que si bien se alega la afectación económica por la que estaba pasando la entidad, lo cierto es que del interrogatorio de parte realizado a su representante legal,

vislumbra, seguía ingresando flujo de caja, siendo que además, eran conscientes de la deuda que tenían con la trabajadora, y que fue saldada en el momento que se dieron por enterados del presente proceso judicial, realizándolo a través de depósito judicial, en fecha 6 de mayo de 2021, por tanto, no se concibe excusa valedera para su actuar, que a todas luces, fue realizado con mala fe.

Lo expuesto se estima suficiente para confirmar la condena por concepto de sanción moratoria impuesta por el Juez de primer grado.

COSTAS EN ESTA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, dado que hubo réplica del recurso de apelación por parte de la demandante, de conformidad con lo establecido en el art. 365 del C.G.P.

AGENCIAS EN DERECHO

Como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijaran tales agencias a cargo de la demandada y a favor de la demandante KARE JOSEFINA ALMANZA CORONADO, en 1 SMMLV en esta instancia, según numeral 1º del artículo 5º del Acuerdo PSAA16- 10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, correspondiente al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

VII. DECISIÓN

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

VIII.FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia, en consecuencia, a la motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

Montería, catorce (14) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-001-2019-00177-01 Folio 163-2021

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **JOSÉ LUIS BEDOYA MONTES** contra **ESE HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA y LA SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA**.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones

Solicita la parte actora, se declare la existencia de un contrato de trabajo con LA E.S.E. HOSPITAL SAN JERÓNIMO DE MONTERÍA en el período comprendido desde el día 01 de diciembre de 2009 hasta el 29 de febrero de 2019, siendo despedido sin justa causa, y como consecuencia de lo anterior, se ordene a la demandada, reintegrar de manera definitiva al señor José Luis Bedoya Montes, así como al pago de cotizaciones a Seguridad Social en Salud, Pensión y riesgos profesionales, a partir del mes de enero de 2019 hasta que se realice el

respectivo reintegro, los meses de salario adeudados concernientes a los meses de enero y febrero de 2019, sanción moratoria del art. 65 CST e indemnización contemplada en el art. 26 de la ley 361 de 1997.

I.II. Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

-Afirma el demandante haber ingresado a trabajar en el hospital San Jerónimo de Montería el 1 de diciembre del año 2009, como auxiliar de enfermería, en la Unidad de Cuidados Intensivos, a través de un contrato de prestación de servicios.

-Alega que debía cumplir con un horario de trabajo, consistente en un turno de doce horas diarias, tanto diurnas como nocturnas, estando subordinado por sus jefes superiores, siendo uno de ellos la señora Silvana Patricia Sáenz.

-Indica que en todo el tiempo que estuvo afiliado a la UCI, llegaban pacientes con VIH, que debían ser atendidos con los precarios medios de protección que daban, los cuales eran deficientes para protegerlo de las enfermedades a las cuales estaba expuesto.

-Manifiesta que el día 26 de agosto de 2017, su EPS le realizó una prueba de VIH que resultó ser positiva, por lo que informó a su jefa inmediata, señora SILVANA PATRICIA SAENZ, y esta le informó al Dr. William Montes Suarez, que para ese momento fungía como subdirector científico de la entidad, informándosele que podía seguir laborando en la institución de salud, pero en un cargo diferente.

- Aduce que el 29 de agosto de 2017, entró en una crisis con hematomas en todo el cuerpo, así como manchas y pérdida de peso total, por lo que recibió una incapacidad médica por parte de su EPS.

-Informa, en fecha 5 de enero de 2019, fue llamado a la institución de salud, para que constituyera una póliza civil de responsabilidad contra terceros y otra como garantía de cumplimiento de la ejecución del contrato laboral constituido por doce meses, del cual no le dieron copia.

-Arguye que trabajó todo el mes de enero y parte de febrero, sin recibir pago alguno, siendo llamado para esa época por parte del área jurídica de la entidad, informándole que debido su enfermedad no estaba apto para trabajar como enfermero auxiliar o cualquier otro cargo dentro del hospital, lo que conllevaba la cancelación de su contrato de trabajo.

-Argumenta que para el momento de su despido, había vuelto a tener una recaída supremamente difícil para su salud, ya que le estaban realizando un tratamiento para combatirle una bacteria que contrajo en la institución demandada.

-Y dice, a este punto sería indiscutible que lo que en realidad celebró con la demandada fue un contrato realidad, ya que cumplía horarios, estaba subordinado y tenía una remuneración.

-Finalmente arguye que el derecho a la salud tiene una doble connotación, ya que por un lado constituye un derecho fundamental y por el otro, un servicio público de carácter esencial, ello para referir que no puede sufragar el costo del tratamiento requerido para su enfermedad, ya que dependía económicamente de su trabajo en el hospital, así como para su seguridad social y sostenimiento de su familia.

I.III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I.III.I. SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada mediante apoderado judicial por parte de la demandada Secretaría de salud del Departamento de Córdoba, quien manifiesta que no le constan la mayoría de los hechos planteados, toda vez que desconocen la labor realizada por el demandante dentro del centro hospitalario, advirtiendo además que la ESE Hospital San Jerónimo de Montería, es un ente independiente y libre de contratar al personal que requiere.

Respecto a las pretensiones, se opone en su totalidad, siempre y cuando afecten los derechos e intereses de su poderdante, ya que a su

consideración el Departamento de Córdoba no está legitimado para ser parte de la Litis.

Propone como excepciones de mérito las de "Falta de legitimación en la causa por pasiva" e "indebida configuración de la solidaridad".

I.III.II. E.S.E. HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA

Manifestó no ser cierto que el demandante haya ingresado a laborar en la época que señala, y que lo realmente ocurrido fue una relación contractual mediante contratos de prestación de servicios como auxiliar de enfermería, durante 35 meses comprendidos entre los años 2015 y 2016, sin darse cumplimiento de horario o subordinación por parte de su empleador, recibiendo honorarios por los servicios prestados y no un salario.

Respecto a la enfermedad que padece el trabajador, argumenta que no les consta la existencia de una prueba de VIH que haya resultado positiva, así como tampoco si esto fue puesto en conocimiento de La Jefe De Enfermería Silvina Patricia Sáenz O Al Subdirector Científico William Montes.

Informan, no es cierto el hecho de haberse llamado al demandante para que adquiriera una póliza de responsabilidad para la legalización de su contrato, como tampoco lo es que la administración retenga ese tipo de documentos que son de manejo público.

Finalmente añaden, no es cierto que existiera un contrato con el actor para los meses de enero y parte de febrero de 2019, puesto que en la ESE HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA, se presentó un caos administrativo en ese año, por lo cual la Superintendencia Nacional de Salud, intervino la entidad, mediante Resolución 002 de 2019, y dio por terminada la contratación irregular existente.

Frente a las pretensiones formuladas, se opone a todas y cada una de ellas, proponiendo como excepciones de mérito las de "Falta de legitimación en la causa por pasiva", "Inexistencia de la obligación

laboral”, “Buena fe”, “Cobro de lo no debido”, “Pago de la obligación” y “Prescripción”.

II. SENTENCIA APELADA

La referida audiencia se llevó a cabo el día 30 de abril de 2021, mediante la cual el a quo resolvió DECLARAR que entre el señor JOSÉ LUIS BEDOYA MONTES y la E.S.E. HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA, no existió un contrato de trabajo al no ostentar el primero la calidad de trabajador oficial, absolver a las demandadas de las pretensiones solicitadas y condenar a la parte demandante al pago de costas y agencias en derecho.

La anterior decisión fue tomada con base en las pruebas oportunamente arrimadas al proceso, ya que en ellas se evidenció, si bien se logró acreditar la existencia de una relación laboral con la demandada ESE HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA, lo cierto es que el trabajador no demostró su calidad de trabajador oficial, resultando consecuente absolver a la demandada de las pretensiones solicitadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I. PARTE DEMANDANTE

Sostuvo: “Por no estar de acuerdo dentro del primer punto, que dice su señoría de la no existencia de que le señor José Luis Bedoya, no era un funcionario o no le asistía el derecho como funcionario público.

En atinente a la normatividad que su señoría ha esbozado dentro de este despacho, porque si es muy bien cierto su señoría, existe una reglamentación con respecto a la nombramiento de esta clase de funcionarios, también existe una situación real y efectiva que la misma constitución ampara esta clase de trabajadores, no desconociendo ese derecho que tiene ese trabajador, que porque la ley desconoce ese derecho, puesto que porque no era un funcionario que trabajaba haciendo remodelaciones de las edificaciones del edificio, si es muy bien

cierto, está amparado por ese Decreto, también es cierto que en realidad se debe dirimir esa situación, con respecto a que el señor si realmente prestó y está demostrado dentro del proceso, que el señor trabajó dentro de las instalaciones, con los testigos más que todo, trabajo dentro de las instalaciones, mediante un contrato de OPS, que inclusive es un contrato realidad, entonces, como usted se dará cuenta, dentro de las declaraciones finales, la de la testigo Katira, habla de que le hacían aseo a la unidad de la UCI, entonces si usted lo ubica dentro de ese contexto, el hacer aseo, eso crea la preservación de las edificaciones, entonces teniendo en cuenta esas claras circunstancias, señorita si es muy bien cierto que tenía la practica como auxiliar de enfermería, ellos realizaban una labor dentro de la dependencia, que estaban demostrado un tiempo de servicio, tenían una subordinación y estaba dependiendo de funcionarios de la misma institución, entonces teniendo en cuenta las circunstancias, realmente ellos, si usted lo ve dentro de ese contexto, ellos mismos cumplían esa función, si es muy bien cierto dentro del Decreto se habla de que solamente aquellos funcionarios que tuviesen el mantenimiento de esas instalaciones, o la ocupación o tener todo lo que conllevaba a que no estuviera en ruina o los plomeros, pero si usted se da cuenta, dentro de las mismas funciones que tenían estos empleados o estos trabajadores como auxiliares de enfermería, inclusive uno les dice a ellos, que ellos dentro de sus funciones estaba el mantenimiento y aseo de los servicios, si, ellos ocupaban”.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES

Se procede a resolver el recurso de apelación impetrado en contra de la presente sentencia, iniciase el estudio de la Litis, afirmando que los presupuestos procesales (demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, y competencia del juez) se encuentran reunidos, y por ende la sentencia será de mérito ya que no se evidencian irregularidades que obliguen a la Sala a proferir fallo inhibitorio.

V.I. PROBLEMA JURÍDICO: Para el caso concreto, corresponde a la Sala **i)** Determinar si se demostró la calidad de trabajador oficial del señor José Luis Bedoya Montes, y de ser así **ii)** Dilucidar acerca de la existencia de una relación laboral, verificando si se reunieron los elementos del contrato de trabajo; y si hay lugar al pago de los emolumentos laborales deprecados.

Pues bien, establecido el problema jurídico a resolver se adentra la Sala en su estudio, inicialmente para determinar si el demandante logró demostrar a través del material probatorio aportado su calidad de TRABAJADOR OFICIAL, esto atendiendo las regulaciones dispuestas por la ley y la jurisprudencia.

Pertinente, es precisar, que el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, dispone:

"Artículo 26. Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. [...]

Parágrafo. - Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones".

Ahora, en el presente caso, de las probanzas recaudadas se logra evidenciar, de las documentales adosadas:

- A folio 67-143 del expediente, sendos Contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión asistencial como Auxiliar de Enfermería, con las respectivas adiciones y actas, anexados por parte del demandante, así mismo, los aportados con la contestación de la demanda del Hospital San Jerónimo, los cuales disponen el desarrollo de la actividad del actor en los mismos términos.

De las testimoniales recepcionadas, tenemos en primer lugar la declaración de la señora CATIRA ALICIA VASQUEZ GARRIDO, la cual afirmó conocer al señor Jorge Luis, porque trabajó con él muchos años en el hospital.

Y respecto a las labores desarrolladas por el demandante, dice:

“Trabajamos muchos años en la UCI, allí estaban los pacientes críticos, que son cubrir necesidades básicas de un paciente, medicamento, comida, cambio de posición, hidratación de piel del paciente, y escribir todo lo que se hace.

Hacíamos glucometría, recogíamos diuresis horarias, pasábamos la visita, aseo de la unidad, en cada turno se hacía diferente”.

Posteriormente el testigo JORGE MARIO SALCEDO PADILLA, relató que conoció de las labores desarrolladas por el señor BEDOYA MONTES, por su tiempo trabajando en el hospital, donde desempeñaron en conjunto la labor de auxiliar de enfermería, y aduce de sus funciones las siguientes:

“la actividad que realizábamos como auxiliar de enfermería, específicamente el señor José Bedoya, la labor de administrar medicamentos, ya que laborábamos en la UCI, donde el paciente 24 horas al día depende del auxiliar de enfermería, donde se hace el baño en cama, hidratación de piel, cambio de posición, y en fin todo lo que es relacionado tanto con la administración de medicamentos y cuidado en general del paciente”.

En este orden de ideas, se trae a colación lo preceptuado por la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4402 de 2020, donde se indicó respecto a la clasificación del empleo denominado auxiliar de enfermería, lo siguiente:

“Como no era posible demostrar que la demandante ejerciera funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, pues el cargo que tuvo fue el de auxiliar de enfermería, no podía considerarse como trabajadora oficial, por lo que no era beneficiaria de las convenciones colectivas de trabajo

y, naturalmente, de ninguna de las prerrogativas consagradas en ellas para los trabajadores oficiales de la fundación”.

Y en sentencia SL4673-2019, se determinó:

“Cumple señalar, además, que esta conclusión no variaría si en gracia de discusión, la accionante pretendiera el reconocimiento como trabajadora oficial, pues el cargo desempeñado no corresponde a aquellos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, supuesto que tampoco se controvierte, pues, por el contrario, pretende demostrarse que el Tribunal se equivocó al ignorar « la vigencia real del contrato de trabajo de carácter particular» celebrado para «el desempeño del cargo de Auxiliar de Enfermería”.

Ha expresado la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1334-2018, respecto a las labores que constituyen el mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, lo siguiente:

“En ese orden, y teniendo en cuenta los conceptos ya fijados por esta Sala sobre qué debe entenderse por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales», en la providencia ya referida se explicó lo siguiente:

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.º 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.º 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.

(...)

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 tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería.

Al hilo de lo enunciado, se tiene que los servicios desempeñados por el señor JOSÉ LUIS BEDOYA MONTES como auxiliar de enfermería, no constituyen labores relacionadas con el mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, y se advierte, los testigos recepcionados, fueron unísonos al indicar y describir las funciones que realizaba, considerando este juzgador, el aseo que plantea el recurrente como un indicador de su labor de mantenimiento, obedecía simplemente al área específica de la unidad donde se encontraba atendiendo a sus pacientes, es decir, una dependencia específica, siendo que es clara la jurisprudencia en cita al indicar que la actividad debe facilitar la operatividad de toda la organización, por lo anterior se concluye, el trabajador no demostró su calidad de trabajador oficial, lo que genera la

negativa de sus pretensiones. Por sustracción de materia, se abstendrá la Sala de estudiar los demás problemas jurídicos planteados.

COSTAS EN ESTA INSTANCIA

No habrá lugar a imponer costas en esta instancia, dado que no hubo réplica del recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el art. 365 del C.G.P.

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia, en consecuencia, a la motiva.

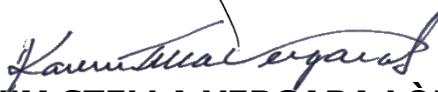
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KARÉM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23-001-31-05-002-2021-00088-00 FOLIO 489-2021
(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)**

MONTERÍA, DICIEMBRE CATORCE (14) DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada contra la sentencia pronunciada en audiencia del 10 de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso especial de fuero sindical promovido por CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CORDOBA -COMFACOR- contra OMAR ESQUIVO RODRIGUEZ MALVACEA.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

2.1.1. Pretende la parte actora se declare la existencia del fuero sindical del señor OMAR ESQUIVO RODRIGUEZ MALVACEA, así como la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo que lo unió con COMFACOR; en consecuencia, se ordene el levantamiento de la garantía del fuero sindical al accionado y se autorice a la demandante su despido.

2.1.2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones invoca la accionante los siguientes:

- El accionado se encuentra vinculado a la entidad demandante a partir del 25 de julio de 1977 a través de un contrato de trabajo a término indefinido, por el cual desempeña las funciones de Coordinador de Almacén en la ciudad de Montería.

- El demandado se encuentra afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de Cajas de Compensación Familiar -SINALTRACAF, organización sindical de primer grado y de empresa, que tiene constituida una subdirectiva en la ciudad de Montería, siendo el accionado miembro de la junta a la fecha de la presentación de la demanda.

- La entidad accionante tuvo conocimiento que al demandado le fue reconocida una pensión de vejez por COLPENSIONES, mediante Resolución N° 112929 del 26 de mayo de 2020, fue incluido en nómina de pensionados y actualmente recibe las mesadas pensionales.
- Que consultado el sistema integral de información de la protección social, se encuentra que el estado de afiliación al régimen de pensiones del demandado es en estado retirado, por estar disfrutando pensión de vejez.
- El 12 de marzo de 2021 la accionante dio a conocer al demandado la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo conforme al literal “a” del numeral 14 del artículo 62 del C.S. del T, decisión que quedaría en suspenso hasta tanto el juez levantara el fuero sindical.
- El accionado no informó a COMFACOR el reconocimiento de la pensión de vejez una vez fue incluido en nómina de pensionados por COLPENSIONES, ni aportó la correspondiente resolución.

2.2. Contestación y trámite

2.2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma al accionado, procedió a contestarla admitiendo algunos hechos y pretensiones, propuso la excepción de mérito de prescripción de la acción.

2.2.2. La asociación SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR -SINALTRACAF-, notificado de la demanda, permaneció en silencio a lo largo del proceso.

III. LA SENTENCIA APELADA

El fallador de primera instancia, luego de definir la garantía del fuero sindical a la luz del artículo 405 del CS del T y los trabajadores que se se benefician de ella conforme al artículo 406 de la misma normativa, indicó que acreditado estaba la notificación que se hiciera de la modificación de la junta directiva de SINALTRACAF, subdirectiva Montería, donde fue escogido el demandado como tercer suplente de la misma y en consecuencia amparado por el fuero.

Precisó que el artículo 410 de la misma normatividad arriba aludida, regula las justas causas del despido y citó la invocada por la accionante, como la prevista en el numeral 14, literal “a” del artículo 62 del C.S. del T, es decir, el reconocimiento al trabajador de la pensión de vejez, que consideró debe ser mirada de forma concordante con el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y algunos precedentes constitucionales que citó, para sostener que condicionan la

prosperidad de la casual no solo al reconocimiento de la pensión y su notificación, sino a la notificación de la inclusión en nómina de pensionados.

En cuanto a la oportunidad para invocar la causal planteada por la demandante, luego de citar otros precedente jurisprudenciales, sostuvo que en el sector privado nada impide que el reconocimiento pensional permita la continuación del vínculo laboral, toda vez que no existe la edad de retiro forzoso, pero así mismo consideró la causal no desaparece por tratarse la pensión de una prestación permanente a favor del trabajador, por lo que el empleador podía dar por terminado en contrato de trabajo en cualquier momento.

Concluyó que acceder el trabajador a la pensión de vejez si constituye una causa legal de levantamiento de fuero sindical, además de terminación del contrato, siempre y cuando se notifique la inclusión en nómina, amén de que puede ser alegada en cualquier tiempo, y como el accionado confesó estar pensionado e incluido en nómina de pensionados, accedió a las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte demandada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Precisa la parte accionada su inconformidad con la sentencia de primer grado en que, a su sentir, se ha violentado el artículo 118 A del CS del T, por cuanto la solicitud de despido no se presentó dentro de los términos que establece la norma; indica que, si se mira la demanda se observa que desde la fecha en que se concedió la pensión, la fecha en que se tuvo conocimiento y la fecha en que se presentó la demanda, existe un término superior a la del artículo citado.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Presupuestos procesales

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

5.2. Problema jurídico a resolver

No siendo materia de discusión la garantía del fuero sindical de que goza el accionado, como tampoco la existencia de la justa causa del despido, por el reconocimiento y disfrute de la pensión de vejez que le fuera concedida por COLPENSIONES, el problema jurídico a resolver teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en el recurso de apelación, se ciñe a dilucidar si puede pregonarse la prescripción de la acción de levantamiento de fuero

sindical y permiso para despedir adelantada por la accionante COMFACOR.

5.3. De la prescripción de la acción de fuero sindical.

En efecto, el artículo 118 A del Código Procesal del Trabajo contempla un término para que, tanto el trabajador como el empleador, puedan acudir ante el juez del trabajo a invocar las acciones propias de la garantía del fuero sindical, pues adviértase que a pesar de que las normas sustantivas y procesales laborales estipulan por regla general un término de prescripción de tres años, acorde con los artículos 488 del C.S. del T y 151 del C.P.L., ante procesos especiales como el que nos ocupa, que persigue no solo la protección de derechos de raigambre legal sino constitucional que amerita decisiones prontas por cuanto están en juego, además, las garantías de las asociaciones sindicales, se ha previsto por el legislador un término particular de 2 meses para la prescripción.

Dispone el artículo 118 A citado:

“Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso.

Durante el trámite de la reclamación administrativa de los empleados públicos y trabajadores oficiales, se suspende el término prescriptivo.

Culminado este trámite, o presentada la reclamación escrita en el caso de los trabajadores particulares, comenzará a contarse nuevamente el término, de dos (2) meses”.

Así, dentro de las acciones que emanan del fuero sindical se encuentran la de reintegro a favor del trabajador aforado en caso de traslado, desmejora o despido sin previa autorización del juez¹⁹⁵¹, y la de levantamiento de fuero sindical. Sobre esta última, exige la ley que el empleador que pretenda cambiar las condiciones de trabajo del empleado con garantía foral, bien sea por traslado o desmejora, o que pretenda dar por terminado su contrato de trabajo, deberá interponer una demanda ante el juez laboral invocando y acreditando la existencia de una justa causa; si el empleador no cumple con la carga de probar la justa causa, tal como lo indica el artículo 408 del CST, no le es dable al juez conceder el permiso solicitado.

Se ha sostenido que *“el objetivo del proceso de levantamiento del fuero es (1) verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y (2) el análisis de su legalidad o ilegalidad. (sentencia T-220 de 2012).*

La norma precedente (artículo 118 A del C.P.L) ha sido objeto de estudio y desarrollo jurisprudencial, entre ellos, porque inicialmente, antes de ser modificado y adicionado por la Ley 712 de 2001, se planteó una desigualdad frente al término concedido al trabajador para acudir a la jurisdicción en defensa de la garantía, y el otorgado al empleador, amén de que la norma ha sido

estudiada e interpretada a la luz de las justas causas previstas en el Código Sustantivo Laboral.

Ejemplo del desarrollo jurisprudencial lo encontramos en la sentencia C-381 DE 2000 donde se precisò:

“25- Es claro que en el caso de la acción de reintegro y de restitución, el término de prescripción, - de dos meses-, entra a operar a partir de un hecho cierto, que no es otro que el despido, el traslado o la desmejora laboral, según sea la situación que se invoque, teniendo en cuenta que lo que se controvierte es la presunta violación de un derecho, en virtud del quebrantamiento del fuero sindical. En ese caso, ya hay una situación definida y se ha concretado un proceder, que afecta presuntamente, al trabajador aforado.

Ahora bien, en el caso del levantamiento del fuero, lo que se pretende es consumir un requisito necesario para lograr esa autorización de traslado, retiro o desmejora del trabajador, ajustada a la ley, precisamente como garantía y protección a la figura del fuero sindical y en atención a las necesidades del empleador. Bajo ese supuesto, en esta figura no se ha verificado aún el despido, traslado o desmejora del trabajador, en espera de que la autorización sea concedida o denegada por la autoridad pertinente. En consecuencia, y en virtud de la naturaleza de esa figura, lo pertinente es que el cumplimiento de ese requisito necesario para el retiro, cuando así se pretenda por parte del empleador, se esgrima lo más cercanamente posible al conocimiento de la existencia de una justa causa necesaria para el despido, el traslado o la desmejora laboral. En efecto, es claro que la ambición de dicha norma, es resolver entonces, la tensión entre las potestades del empleador y la protección al fuero sindical, en atención a unos y otros intereses. De allí, que un término de prescripción desvinculado del fundamento de esas prerrogativas, es decir de la justa causa que permitiría la excepción a la protección definitiva al fuero sindical, carecería necesariamente de toda razonabilidad, ya que alegar per se el ejercicio de un procedimiento para el levantamiento de fuero, meses, o incluso años después del conocimiento de una justa causa para ese proceder, desvirtúa la protección al fuero sindical que pretende la Constitución.

En ese orden de ideas, un término de prescripción de tres años o de dos meses, como se indicó, no se compadece con la celeridad que se exige para el tratamiento de la controversia relacionada con el levantamiento del fuero sindical, principalmente porque bajo esos supuestos está en entredicho y a la espera, la estabilidad o la definición de una situación jurídica relacionada con un trabajador aforado y con los derechos sindicales.

En ese orden de ideas, entran a operar en favor del fuero sindical y de la figura del levantamiento excepcional, los criterios de constitucionalidad anteriormente esbozados, que junto con el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo y los aspectos del bloque de constitucionalidad elaborados en diferentes oportunidades por esta Corporación, exigen que las disposiciones contenidas en los convenios internacionales se incorporen en el estudio constitucional. En consecuencia, ¿cuál debería ser la lectura del artículo en mención y especialmente del término de prescripción? Para ello, debe resaltarse que el Convenio 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios de sindicación, reconoce en su artículo primero que los trabajadores deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con el empleo y proteger a los trabajadores aforados de todo acto que tenga por objeto sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato. También consagra la protección, respecto de todo acto que tienda a lograr el despido de un trabajador o perjudicarlo, a causa de su afiliación sindical. De allí, se desprende que en atención al énfasis o plus constitucional que se le impone a la protección del fuero, cualquier apreciación que se dé, debe ser la más acorde con la naturaleza de la figura y la mas cercana a una protección efectiva del fuero sindical.

En atención a estas consideraciones, ¿cual debería ser entonces el término con el que cuenta el empleador para solicitar el levantamiento del fuero de un trabajador, si adicionalmente a los antecedentes anteriores pusiéramos de presente que es precisamente con la Constitución del 91 que se exalta a un nivel constitucional la protección al fuero sindical y las garantías de los trabajadores aforados? La Corte necesariamente debe concluir, que el término aquel que resulte acorde a la naturaleza de la acción del levantamiento del fuero, a sus presupuestos y a sus objetivos. En ese sentido podría concluirse que lo pertinente para el caso, sería establecer una igualdad automática con la norma que establece la prescripción en materia de reintegro del trabajador aforado, en atención a los criterios de igualdad formal. Sin embargo, debe recordar la Corte que los criterios de igualdad exigen adicionalmente una reflexión material sobre la aplicabilidad y naturaleza de cada acción, y que en este caso, se deben valorar adicionalmente las razones por las cuales el legislador

no colocó un término de prescripción en la norma, evidentemente en atención a la protección que estaba asegurando. En ese orden de ideas, considera la Corte que tomando en consideración los anteriores presupuestos, e incluso a los Convenios Internacionales como el 98 de la OIT sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación, lo pertinente es entender la norma en el sentido en que adquiere una real valoración del fuero sindical y una igualdad material respecto al ejercicio en uno u otro caso de la acción garantista de la figura.

Por ende, y en aras de la naturaleza de la norma en mención, considera esta Corporación que el empleador cuando decida interponer la acción de levantamiento del fuero sindical, deberá hacerlo inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador. Esto surge necesariamente del sentido normativo que se desprende del artículo 39 de la Carta, del artículo 25 de la misma y del Convenio 98 de la O.I.T., que garantizan una protección real y efectiva al fuero sindical, teniendo en cuenta que el fundamento mismo para el ejercicio del mencionado levantamiento, es necesariamente la existencia y conocimiento por parte del empleador de una justa causa que justifique las pretensiones de levantar el fuero al trabajador. Si esa justa causa no se extiende en el tiempo y se esgrime en momentos diversos a los que dieron origen a la eventual posibilidad de levantamiento del fuero, lo que en realidad ocurre es que el fundamento mismo o la causal que autorizaba legítimamente el levantamiento, desaparece y en consecuencia se controvierte la razón misma de su consagración.

Por todo lo anterior, la Corte, en atención a la prontitud con la que deben ser resueltas las controversias arriba enunciadas y a la naturaleza del levantamiento y la razón de ser de su garantía, declarará la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo respecto al término de prescripción de la mencionada acción, y la constitucionalidad condicionada del artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, pues precisará que, en desarrollo del principio de igualdad material (CP art. 13 inciso 2º), y de la protección definida que al fuero sindical establece la Constitución, el término que el empleador tiene para interponer la acción de levantamiento de fuero es concomitante con el conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado, desvirtuando así la aplicación de otras interpretaciones diversas a la que precisamente se desprende de una lectura simple del artículo en mención.

Nótese como la Mxima Gardiana de la Carta Política advertía la necesidad de interponer la acción de levantamiento del fuero sindical por el empleador, inmediatamente tuviera conocimiento de la ocurrencia de la justa causa para el despido, pero así mismo destacó una diferencia cuando la justa causa se extendía, o no, en el tiempo, dado que precisó que de no extenderse en el tiempo la causa que justificaba el despido, y no se acudía a la acción de levantamiento del fuero por el empleador de forma inmediata, el fundamento y fin de la misma desaparecería.

En el mismo sentido, en la T-606 de 2017 que fuera citada por el fallador de primera instancia, la Corte Constitucional resalta el alcance de la decisión tomada en la citada C-381/00 y la interpretación que debe darse al término de prescripción previsto en la ley ante la presencia de una justa causa de despido que transcurre en el tiempo, así lo indicó:

“38. La norma mencionada que preveía la prescripción especial, fue adicionada por la Ley 712 de 2001 que contempla el artículo 118A del CPTSS. Así, la nueva disposición cambia la regulación anterior, al establecer que tales acciones prescriben en el término de 2 meses, tiempo que se cuentan para el trabajador “desde la fecha de despido, traslado o desmejora” y para el empleador “desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso”.

En el procedimiento de formación de la Ley 712 de 2001 no se justificó ni explicó la introducción de esta prescripción para estos casos, ni durante el trámite el Congreso se suscitó algún debate acerca de dicha previsión^[102]. Además, norma se mantuvo intacta a través de todo el trámite adelantado ante el Congreso de la República.

39. Si bien el Legislador cobijó con la prescripción de 2 meses a la acción de reintegro y de levantamiento del fuero sindical, no debe perderse de vista la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-381 de 2000 en cuanto a que el término debe verse a la luz de: (i) la justa causa alegada en la acción de levantamiento de fuero sindical, esto es, que no se extienda en el tiempo; y (ii) la oportunidad de la justa causa respecto de la presentación de la acción.

40. Conforme con lo anterior, las normas que regulan el procedimiento laboral prevén un término corto de prescripción para la interposición de las acciones que diriman controversias que surjan de una relación laboral, con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y la celeridad de la decisión judicial que resuelve la diferencia jurídica en beneficio de los extremos de la relación. A su vez, contemplan un término especial de prescripción aún más corto para aquellas acciones, bien de reintegro o bien de levantamiento del fuero sindical, en atención a la protección del derecho de asociación sindical. No obstante, tal como lo indicó esta Corporación, en caso de interposición de la acción de levantamiento de fuero sindical para efectos de la declaración de la prescripción de la acción, se debe tener en cuenta que: (i) la justa causa alegada no se extienda en el tiempo; y (ii) sea oportuna la justa causa al momento de presentarse la acción.

Lo anterior se torna de gran trascendencia en el caso bajo estudio, por cuanto la parte actora acude a la jurisdicción laboral en procura de solicitar el levantamiento de la garantía del fuero sindical que ampara al accionado, y para ello invoca la justa causa consistente en el reconocimiento que se le hiciera al trabajador aforado de la pensión de vejez y el disfrute que desde hace varios meses viene haciendo de la misma, tal como lo aceptó éste en la contestación a la demanda y sus alegatos de conclusión, justa causa que se advierte transcurre en el tiempo.

Y es que en el mismo precedente citado se pronuncia la Corte Constitucional frente a la justa causa que hoy se invoca y su posible afectación por el término de prescripción previsto en el artículo 118 A; así precisó:

“42. El artículo 410 del CST prevé, tal como se indicó en el acápite anterior, que son justas causas de despido de un empleado aforado, previa autorización del juez del trabajo: (i) la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del empleador durante más de 120 días^[103]; y (ii) las causales previstas en el artículo 62 CST^[104], que son las causales que pueden ser alegadas por el trabajador y el empleador para dar por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo.

43. La jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que “la terminación unilateral del contrato es una facultad que tiene una parte, tanto el empleador como el trabajador, de extinguir unilateralmente la convención pactada, cuando la otra ha incumplido determinadas obligaciones^[105]”^[106]. Además, ha sostenido que dicha facultad de terminación está supeditada a la configuración de una de las causales del Código Sustantivo del Trabajo^[107].

44. Como rasgo general de todas las causales, el párrafo del artículo 62 del CST dispone que: “[l]a parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”. La Corte Constitucional en sentencia C-594 de 1997^[108], al estudiar la constitucionalidad de tal párrafo, indicó que la disposición debía verse bajo la óptica del principio de buena fe y de su finalidad, por lo que “no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para tal efecto sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, ya que el sentido de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo”.

45. El literal (a), numeral 14 del artículo 62 del CST prevé dentro de las causales de terminación del contrato laboral de manera unilateral por el empleador, la del “reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa”. Esta misma causal es contemplada por el párrafo 3º del artículo 33 de Ley 100 de 1993 y la extiende a las relaciones legales y reglamentarias^[109]. La Corte Constitucional en sentencia C-1037 de 2003^[110], al estudiar la constitucionalidad de la norma referida, precisó que dicha causal operaba “siempre y cuando

además de la notificación del reconocimiento de la pensión (...) se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”^[111].

(...)

51. En cuanto al reconocimiento de la pensión en procesos de levantamiento de fuero sindical, debe precisarse que el artículo 117 del CPTSS prevé que los procesos relacionados con la garantía foral solo son susceptibles de apelación^[124]. En ese sentido, no existe jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, que trate asuntos relativos acciones de levantamiento. Es por ello que debe acudir a la jurisprudencia de esa Sala de Casación en la que se discute situaciones que envuelven la justa causa de despido de reconocimiento de pensión de vejez o invalidez en asuntos distintos a aquellos relacionados con la garantía foral.

52. En síntesis, el reconocimiento de la pensión es una causal contemplada por el Legislador para dar por terminado el contrato laboral por parte del empleador que solo puede invocarse una vez el trabajador se haya incluido en nómina. Esta causal es objetiva y razonable, toda vez que el trabajador -particular o servidor público-: (i) no queda desamparado al tener derecho de disfrutar de una contraprestación fruto de los ahorros realizados durante su vida laboral para goce de su descanso, en condiciones dignas cuando su fuerza de trabajo se disminuye; y (ii) se abre la posibilidad de que el cargo ocupado pueda ser provisto por otra persona.

En cuanto a la oportunidad en la que el empleador puede invocar la causal, para efectos de determinar si es un despido justo o injusto, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que puede ser en cualquier momento, a diferencia de las demás causales, al tratarse de una prestación de carácter permanente. Esta idea es reforzada bajo el supuesto de que el despido con fundamento en esta causal es una decisión facultativa del empleador, no de forzoso acatamiento, que puede ejercer cuando estime que el trabajador ha cumplido su ciclo laboral.

Tomando en consideración que la parte apelante pone de presente una vulneración al artículo 118 A, debe resaltar la Sala en esta ocasión la obligatoriedad del precedente citado para el operador judicial, que así mismo dejó sentado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“18. El precedente se ha definido como la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado que, por su pertinencia y semejanza con los problemas jurídicos resueltos, debe considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo. Dicha obligatoriedad atiende a razones de diversa índole que, como se verá, se complementan.

La primera razón corresponde a la protección del derecho a la igualdad de trato jurídico de las personas que acuden a la administración de justicia y de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

El segundo argumento responde al reconocimiento del carácter vinculante del precedente, en especial si es fijado por órganos cuya función es unificar jurisprudencia. Como lo ha explicado esta Corte tal reconocimiento se funda en una postura teórica que señala que “el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX (...), sino una práctica argumentativa racional”^[63]. Esta consideración le otorga al precedente la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto.

19. La jurisprudencia constitucional diferenció dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical, para lo cual tomó como parámetro diferenciador la autoridad que profiere el fallo que se tiene como referente. El precedente horizontal hace referencia al respeto que un juez debe tener sobre sus propias decisiones y sobre las tomadas por jueces de igual jerarquía, mientras que, el vertical apunta al acatamiento de los fallos dictados por las instancias superiores en cada jurisdicción, encargadas de unificar la jurisprudencia.

El precedente que emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza legítima y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del sistema.

En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el Derecho es dado a los operadores jurídicos a través del lenguaje, herramienta que no tiene contenidos semánticos únicos. Por lo tanto, el Derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados. Esa posibilidad genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, existan órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.

20. El carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho de la jurisprudencia emanada de las altas cortes en sus respectivas jurisdicciones y de la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico, está ampliamente reconocido. La sentencia C-816 de 2011^[64] explicó que “la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.” (Negrilla fuera del texto)

Acorde con lo expuesto, ha de concluirse que corresponde al empleador que invoca la acción de levantamiento de fuero sindical para el despido del trabajador, la existencia de la justa causa prevista en la ley, la cual debe ser planteada ante el juez ordinario laboral de forma inmediata al conocimiento que tenga de la misma, si se trata de causales que no transcurren en el tiempo; por tanto, cuando la justa causa se origine en el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del trabajador y su inclusión en nómina, dado que es una prestación y causal que transcurre en el tiempo, no se encuentra afectada por el término de prescripción previsto en el artículo 118 A del C.P.L. y por tanto, la misma puede ser invocada en cualquier momento por el empleador.

Como quiera que la decisión tomada por el fallador de primera instancia se acompasa con el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, no encuentra la Sala reparos a la misma y procederá a confirmarla.

5.4. Costas.

Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

VI. DECISIÓN

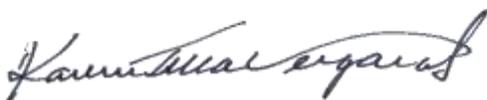
En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA- RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE
CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**

EXPEDIENTE N° 23 001 31 05 001 2019 00351 01

Folio 209

A los catorce (14) días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno (2021), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Quinta de Decisión Civil - Familia - Laboral, integrada por los Magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien la preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, procede a resolver lo que en derecho corresponda sobre el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha junio 22 de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 001 2019 00351 01 Folio 209** promovido por **OLGA LUCÍA ARRIETA BEDOYA** contra **E.S.E. VIDA SINÚ y otros**, por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, la Sala previa deliberación virtual sobre el asunto, acogió el presentado por el Ponente, el cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. La señora Olga Lucía Arrieta Bedoya, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la E.S.E. VIDA SINÚ, T EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S., con la finalidad

de que se declare que hubo una relación laboral entre ésta y las empresas T EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S., que inició el día 13 de noviembre de 2013 y finalizó el día 30 de agosto de 2017. Asimismo, se declare que la ESE VIDA SINÚ, fue la empresa usuaria de T EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S, igualmente, que dicha ESE se benefició con el servicio prestado ininterrumpidamente por la actora, y que es responsable por el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a T EMPLEAMOS S.A.S., a EFECTIVA E.S.T. S.A.S. y a la E.S.E. VIDA SINÚ a pagar solidariamente a la demandante los salarios no cancelados, prestaciones sociales por los períodos laborados desde el 13 de noviembre de 2013 hasta el 30 de agosto de 2017. Además, se condene al pago de la indemnización por despido injusto y la sanción moratoria.

2. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Relata que el día 13 de noviembre de 2013 suscribió un contrato laboral a término labor contratada con T EMPLEAMOS LTDA, cuyo objeto fue la prestación del servicio de aseo, en la sede física de la E.S.E. CAMU EL AMPARO (actualmente E.S.E. VIDA SINÚ), en un horario de ocho (8) horas diarias y, con una contraprestación de un salario mínimo legal mensual vigente, este salario básico no incluía horas extras ni los trabajos en días de descanso.
- Agrega que en su horario trabajaba semanalmente diez (10) horas nocturnas, más ocho (8) horas continuas los domingos.
- Narra que, el 1 de abril de 2015, ocurrió una sustitución de empleadores, es decir, dejó de serlo la empresa T EMPLEAMOS LTDA y esa condición la adquirió la empresa EFECTIVA E.S.T. LTDA. Posteriormente, ambas empresas cambiaron su tipo societario, pasando de ser una sociedad limitada a ser una sociedad por acciones simplificadas.

- Refiere que, el día 30 de agosto de 2017, EFECTIVA E.S.T. despidió sin justa causa a la señora Olga Lucía Arrieta Bedoya, arguyendo que había finalizado el contrato de prestación de servicios entre la mencionada empresa y la E.S.E. VIDA SINÚ.
- Manifiesta que esta relación laboral tuvo una duración de tres (3) años, nueve (9) meses y diecisiete (17) días, cuyas labores se desarrollaron continuamente.
- Señala los salarios devengados según su historial laboral, presentó derecho de petición ante EFECTIVA E.S.T., solicitando los contratos que la vincularon y solamente obtuvo uno. Finalmente, presentó reclamación administrativa ante la E.S.E. VIDA SINÚ y EFECTIVA E.S.T. S.A.S., cuya respuesta fue negativa.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la E.S.E. VIDA SINÚ – antes E.S.E CAMU EL AMPARO, por conducto de apoderada judicial, contestó la misma, manifestando no constarle algunos hechos, aceptando unos y negando otros, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando básicamente que no existió ningún tipo de vínculo laboral con la parte actora. Adicionalmente, propuso como excepciones las de *“Prescripción parcial de la acción”, “Buena fe”, “Responsabilidad exclusiva de las empresas T EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S. e “Imposibilidad jurídica de condenar solidariamente a la E.S.E. VIDA SINÚ al pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones”*. Asimismo, la empresa E.S.E. VIDA SINÚ llamó en garantía a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA y a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Seguidamente, la empresa T EMPLEAMOS S.A.S., mediante apoderada judicial, manifestó no constarle algunos hechos y negó otros, además, se opuso a las pretensiones de la demanda, por ello propuso como excepciones las de *“Prescripción”, “Cobro de lo no debido”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Falta de configuración de presupuestos para la sustitución patronal” y “Genérica o Innominada”*.

Posteriormente, la empresa EFECTIVA E.S.T. S.A.S., mediante

apoderada judicial, manifestó no constarle algunos hechos y negó otros, además, se opuso a las pretensiones de la demanda, por ello propuso como excepciones las de *“Prescripción”, “Pago” “Cobro de lo no debido”, “Buena fe”, “Falta de configuración de presupuestos para la sustitución patronal” y “Genérica o Innominada”*.

La llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A., a través de apoderado judicial, contestó manifestando no constarle los hechos de la demanda, se opuso a todas las pretensiones y propuso como excepciones las de *“Inexistencia de vínculo laboral entre la E.S.E. VIDASINÚ y la demandante”, “Prescripción” y “Genérica”*. Respecto al llamamiento en garantía, negó algunos hechos y aceptó otros, propuso como excepciones *“Ausencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil extracontractual”*.

La llamada en garantía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA, por medio de apoderado judicial, contestó manifestando no constarle algunos hechos, aceptando unos y negando otros, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de *“Prescripción parcial”, “Ausencia de incumplimiento por parte de la E.S.E. VIDASINÚ”*. Frente al llamamiento en garantía, negó algunos hechos y aceptó otros, propuso como excepciones *“Ausencia de cobertura temporal de la póliza” y “Ímite del valor asegurado”*

II. FALLO APELADO

A la primera instancia se le puso fin mediante sentencia de fecha junio 22 de 2021, a través de la cual el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, declaró que existió contrato a término indefinido entre la señora Olga Lucía Arrieta Bedoya y la E.S.E. VIDASINÚ, durante las fechas señaladas en la demanda, como consecuencia, condenó a las accionadas T EMPLEAMOS S.A.S., EFECTIVA E.S.T. S.A.S. y la E.S.E. VIDASINÚ, a pagar cesantías, intereses de cesantías, primas de navidad, vacaciones compensadas, indemnización por despido injusto, sanción moratoria, costas y agencias en derecho. Por otro lado, declaró probadas las excepciones de *“Prescripción”*, presentada por SEGUROS

DELESTADO S.A., “Ausencia de cobertura temporal” y “Límite del valor asegurado”, propuesta por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA.

Como fundamento de su decisión, el *A quo* definió lo concerniente al contrato de trabajo, citando los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T.; adicionalmente, refirió normas que regulan a las empresas de servicios temporales (EST), tales como el artículo 71 y 77 de la Ley 50 de 1990, reiterados en la sentencia SL 3563 de 2017, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, con fundamento en la mencionada ley y jurisprudencia laboral, concluyó que las empresas T EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S., son simples intermediarios, mientras que la ESE VIDA SINÚ es la empleadora, por lo que se declaran solidariamente responsables las tres, en virtud del artículo 34 del C.S.T.

En cuanto a la valoración probatoria, respaldó el *A quo* su decisión con las certificaciones emitidas por los fondos de pensiones, historia laboral y afiliación en ambas EST, a su vez, descartó la liquidación por encontrarse sin firma de empleado y empleador, razón por la cual condenó al pago de las prestaciones sociales, en virtud del artículo 4 del Decreto 1919 de 2002. Señala que se probaron los extremos temporales, conforme a las certificaciones de las EST demandadas. Sobre la tacha a los testigos, José Dolores Arteaga y María López Galarcio, indica que no proceden por el simple hecho de ser ellos demandantes ante el mismo empleador, toda vez que son observadores de los hechos por haber sido compañeros de trabajo, además, ambos testimonios fueron espontáneos; no obstante, descartó el testimonio de Gerardo Díaz, dado a que no fue capaz de dar razones de su conocimiento de lo expuesto en la demanda y ello creó cierta inquietud. Señala que las declaraciones de los representantes legales de ambas EST, son congruentes con las de los testigos, en cuanto a la actividad y a la prestación personal en la E.S.E. VIDA SINÚ.

Fundamenta el juzgador su tesis en el artículo 194 numeral 5° y 195 de la Ley 100 de 1993, que se remiten al artículo 26 de la Ley 10 de 1990, dichas normas indican que el cargo de aseo, está catalogado como

servicios generales, por lo que colige que, a pesar de haber sido contratada la demandante durante tres años, ella ostentaba la calidad de trabajadora oficial, conforme a la sentencia SL-3096 de 2018 M.P. Dra. Jimena Godoy Fajardo, de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sobre las excepciones propuestas, el *A quo* afirma que los derechos que se hayan causado antes del 12 de noviembre de 2016, excepto cesantías, sus intereses y vacaciones, se encuentran prescritos, por ello, prospera la prescripción parcial respecto a T EMPLEAMOS S.A.S., cuya relación laboral terminó en 2017, mientras que con la E.S.E. VIDA SINÚ, se genera una nueva relación y no prescribe. Arguye que no procede prima de servicios para trabajadores oficiales, pero sí prima de navidad y que, para efectos de la liquidación, se toma el último salario devengado, debido a que no se probó el número de horas extras y nocturnas.

El juez de primera instancia concluye que procede sanción moratoria por la mala fe en la tercerización y sí hubo despido injusto, toda vez que EFECTIVA E.S.T. S.A.S. dijo que la terminación de la relación laboral obedeció a la finalización del contrato con la E.S.E. VIDA SINÚ, es decir, no hay causal de justificación, por tanto, el contrato fue a término indefinido por no existir entre la demandante y la E.S.E. VIDA SINÚ, acuerdo sobre su duración. También concluye que no recae obligación sobre la llamada en garantía, SEGUROS DEL ESTADO S.A., puesto que su vigencia rige a partir del 20 de marzo de 2019, mucho después de la finalización del contrato de trabajo; mientras que la otra llamada en garantía, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA, está obligada a amparar la póliza con la E.S.E. VIDA SINÚ hasta la suma asegurada, dado que su vigencia es desde el 1° de agosto de 2017 hasta el 1° de enero de 2018.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

1. La vocera judicial de **T EMPLEAMOS S.A.S.** interpuso recurso de apelación, manifestando que la parte demandante no adujo el incumplimiento en el pago de las prestaciones sociales, sino que solicitó una reliquidación por un saldo que dejó de cancelarse.

Asimismo, dispuso que el despido injusto debe ser acreditado por la parte actora y que la sanción moratoria no procede, toda vez que no hubo mala fe por parte de la empresa, dado que pagó la liquidación; a su vez, considera que quien debería ser condenada es la E.S.E. VIDA SINÚ por verdadera empleadora y deben prosperar las excepciones propuestas. Solicita se tengan en cuenta las tachas, en consecuencia, no se dé valor probatorio al interrogatorio y testimonios aportados por la demandante, debido a las respuestas sugeridas oídas en la videollamada y la presunta presencia de terceros.

2. La apoderada judicial de **EFFECTIVA E.S.T. S.A.S.** apeló el fallo, señalando que la demandante no probó despido injusto y que debió prosperar la excepción "*cobro de lo no debido*", dado que todas las obligaciones fueron canceladas en debida forma, sin adeudar concepto alguno, mientras que el A quo solo tuvo en cuenta la liquidación aportada por la demandada, desconociendo los soportes de pago de acreencias laborales allegados por su representada. Asimismo, en los numerales 4° y 5°, se reconoce el pago de dichas acreencias, pero se solicita una reliquidación teniendo en cuenta el pago de horas extras y nocturnas, cuyo incumplimiento no fue acreditado, por ende, no tiene derecho a reliquidación; al efectuarse el pago anterior, no procede la sanción moratoria debido a que no hay mala fe. Sobre la solidaridad y los testimonios, reitera los argumentos de T EMPLEAMOS S.A.S., por ello solicita evaluar la credibilidad de las pruebas testimoniales.

3. La gestora judicial de la **E.S.E. VIDA SINÚ** también presentó recurso de apelación, arguyendo que las pretensiones de la demanda iban encaminadas a una declaración de relación laboral entre la accionante y las empresas T EMPLEAMOS S.A.S. y EFFECTIVA E.S.T. S.A.S., manifiesta que no hubo mala fe por parte de su representada, debido a que asumió el cumplimiento del pago de acreencias laborales por parte de las empresas mencionadas, además, no hubo reclamación ante su poderdante sobre un presunto incumplimiento de lo anterior. Refiere que, en el contrato de prestación de servicios suscrito con las empresas señaladas, se establecieron cláusulas de exclusión de la relación laboral y, por ello, la demandante no hacía parte de la planta de trabajadores

de su representada.

4. La vocera judicial de la llamada en garantía, **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA**, interpuso recurso de apelación, reiterando los argumentos de las empresas T EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S. sobre las pretensiones de reliquidación, despido injusto, horas extras, recargo nocturno y dominicales. Aduce que se trata de una póliza de cumplimiento, donde la E.S.E. VIDA SINÚ es la beneficiaria, ésta ampara única y exclusivamente el incumplimiento del contrato No. 104, tal como lo establece en su objeto, por tanto, no está llamada a amparar lo que corresponde pagar a las otras demandadas, en caso que dicha condena se confirme. Respecto a la vigencia de la póliza, ésta rigió desde el 1° de agosto de 2017, mientras que la relación laboral fue desde el 13 de noviembre de 2013 hasta el 30 de agosto de 2017, por lo que solo estaría llamada a responder por 29 días en caso de que se determine la responsabilidad de la aseguradora hasta el límite de valor asegurado.

IV. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTA INSTANCIA

Mediante auto adiado julio 07 de 2021, se les corrió traslado a las partes para alegar por escrito, con intervención de EFECTIVA EST S.A.S, ASEGURADORA SOLIDARIA, T- EMPLEAMOS, asimismo, intervino SEGUROS DEL ESTADO S.A y extemporáneamente la parte demandante el día 28 de julio de 2021, a las 18:00 horas.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problema jurídico

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

han sido puestas a consideración.

Dicho lo precedente, es pertinente indicar que el problema jurídico se centra en determinar si:

1. *Existió relación laboral entre la señora Olga Arrieta Bedoya y la E.S.E. VIDA SINÚ. Elucidado lo anterior, si procede la condena solidaria sobre las accionadas T EMPLEAMOS S.A.S., EFECTIVA E.S.T. S.A.S. y la E.S.E. VIDA SINÚ.*
2. *Procede la tacha sobre el testigo José Dolores Arteaga Cuadrado y si hubo indebida valoración probatoria del A quo sobre el interrogatorio y testimonios.*
3. *Hubo pago de prestaciones sociales por parte de T EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S.; de no ser así ¿procede la sanción moratoria?*
4. *Se analizará también si había lugar o no a la imposición de la indemnización por despido injusto.*
5. *Asimismo, si la llamada en garantía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA, debe responder por las condenas impuestas a la ESE VIDA SINÚ.*

2. Relación laboral entre la E.S.E. VIDA SINÚ y la demandante.

Como se indicó en el recuento del proceso, luego del estudio de los elementos del contrato laboral, el juez de primera instancia declaró como empleador a la ESE VIDA SINÚ, asimismo, declaró a las entidades T EMPLEAMOS, y EFECTIVA E.S.T, como responsables solidarias de las obligaciones laborales de aquellas con la actora. Ahora bien, dentro del recurso de apelación la parte demandada (ESE VIDA SINÚ) muestra inconformidad en cuanto manifiesta que no está llamada a responder, ya que la declaratoria de la relación laboral se solicitó con las demás demandadas más no con esta entidad.

Para dilucidar lo dicho, es pertinente indicar que, el proceso laboral que nos convoca tiene su sustento en el “*principio de la primacía de la realidad*”

sobre las formalidades” el cual ha sido definido, entre otras, en la sentencia T- 029 de 2016 proferida por la Corte Constitucional, en donde se expuso:

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato.”¹

Ahora bien, sabido es que cuando se invoca el principio de la realidad sobre las formalidades, el trabajador – demandante puede optar, bien por la realidad o bien por las formas, es decir, el trabajador, bien puede optar por hacer prevalecer su relación laboral con la empresa T EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T, o, por el contrario, hacer prevalecer la relación laboral directa con la usuaria, a no ser que, además, pretenda gozar del régimen salarial y prestacional de los trabajadores o empleados de la empresa usuaria, evento en el cual debe hacer valer su vínculo laboral no las citadas empresas, sino con la usuaria, en este caso, ESE VIDA SINÚ.

Así las cosas, nótese que, en el sub examine la parte demandante pretende hacer valer el contrato de trabajo con las empresas T EMPLEAMOS S.A.S y EFECTIVA E.S.T, y que se condene a la empresa ESE VIDA SINÚ por ser la empresa usuaria, esto es, quien se beneficiaba del servicio prestado por la actora, ello tal como se colige del libelo genitor, veamos:

¹ Sentencia C-555 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

PRETENSIONES

Llegándose a probar los supuestos fácticos de las normas cuyos efectos se persiguen con la presentación de esta demanda, su señoría, mediante sentencia con autoridad de cosa juzgada que usted profiera, sírvase acceder a las siguientes pretensiones declarativas y de condena en favor de la trabajadora demandante, a saber:

- 1) **DECLARAR** que existió una relación laboral entre la señora OLGA LUCÍA ARRIETA BEDOYA, como parte trabajadora, T EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S., como parte empleadora, desde el 13 de noviembre de 2013 hasta el 30 de agosto de 2017, en donde la primera prestó sus servicios personales como aseo de la E.S.E. VIDASINÚ – sede Montería, en un horario de 08 horas semanales y 48 a la semana, devengando un salario mínimo legal mensual vigente.

- 2) **DECLARAR** que, la señora OLGA LUCÍA ARRIETA BEDOYA, durante el tiempo que duró la relación laboral, nunca cumplió labores ocasionales, accidentales o transitorias, ni reemplazó personal en vacaciones, licencia o incapacidad, como tampoco atendió incrementos en la producción o prestación de los servicios.

- 3) **DECLARAR** que, la E.S.E. VIDASINÚ, en virtud de sendos contratos de prestación de servicios, fue la empresa usuaria de T EMPLEAMOS S.A.S. y EFECTIVA E.S.T. S.A.S. durante el período en que duró la relación laboral entre ésta y la señora ARRIETA BEDOYA, con la finalidad de que las personas naturales que contratara la empresa antedicha mediante contrato de trabajo, colaboraran temporalmente en el desarrollo de sus actividades como E.S.E.

- 4) **DECLARAR** que, la E.S.E. VIDASINÚ se benefició del servicio prestado ininterrumpidamente por la señora OLGA LUCÍA ARRIETA BEDOYA como aseo de su sede física ubicada en Montería, desde el 13 de noviembre del 2013 hasta el 30 de agosto del 2017.

- 5) **DECLARAR** que, la E.S.E. VIDASINÚ es responsable por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho la señora OLGA ARRIETA, en virtud de la relación laboral que ésta persona natural sostuvo con las empresas de servicios temporales convocadas a juicio.

- 6) **CONDENAR** a T EMPLEAMOS S.A.S., a EFECTIVA E.S.T. S.A.S. y a la E.S.E. VIDASINÚ a pagar solidariamente a la señora OLGA LUCÍA ARRIETA BEDOYA la suma de **dieciséis millones diez mil trece pesos (\$16.010.013)** por concepto de **salarios no pagados** desde el 13 de noviembre del 2013 hasta el 30 de agosto del 2017.

- 7) **CONDENAR** a T EMPLEAMOS S.A.S., a EFECTIVA E.S.T. S.A.S. y a la E.S.E. VIDASINÚ a pagar solidariamente a OLGA LUCÍA ARRIETA BEDOYA la suma de **seis millones doscientos setenta y seis mil ochocientos setenta y cuatro pesos (\$6.276.874)** por concepto de **prestaciones sociales** dejadas de pagar entre el 13 de noviembre del 2013 hasta el 30 de agosto del 2017.

- 8) **CONDENAR** a T EMPLEAMOS S.A.S., a EFECTIVA E.S.T. S.A.S. y a la E.S.E. VIDASINÚ a pagar solidariamente al señor OLGA LUCÍA ARRIETA BEDOYA la suma de **dos millones trescientos doce mil cuatrocientos seis pesos (\$2.312.406)** por concepto de **indemnización por despido injusto**.

Pues bien, nótese que, en el plenario se encuentra acreditado conforme

a las pruebas arrojadas que, la demandante fue contratada por la empresa T- Empleamos desde el día 13 de noviembre de 2013 hasta el 01 de abril de 2015 (ver página 47 del expediente en pdf) desempeñándose en el cargo de aseo, servicio prestado a favor de la ESE Vida Sinú. Asimismo, de la misiva obrante en la página 48 del expediente digital, en donde consta que la demandante laboró para dicha empresa bajo la modalidad de obra o labor contratada, desempeñándose en el mismo cargo de aseo desde el 01 de abril de 2015 hasta el 30 de agosto de 2017, labor que desarrolló igualmente a favor de la ESE VIDA SINÚ.

Ahora bien, al analizar los testimonios traídos a colación, debe decirse, la vocera judicial de T- Empleamos en sus argumentos expone que no debe dársele valor probatorio al interrogatorio y testimonios aportados por la demandante, debido a la tacha de sospecha propuesta contra éstos, aunado a las respuestas sugeridas que se logran percibir en la audiencia, así las cosas, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, en sentencia con radicado N° 22842 del 30 de septiembre de 2004, ha precisado que no es dable que el enjuiciador deseche las declaraciones por la mera sospecha, sino que, es necesario que éste los valore con mayor rigurosidad que aquellas que están libres de circunstancia que empañen su dicho. Asimismo, la Honorable Corte, mediante Sentencia de Casación Civil adiada 28 de septiembre de 2004, Expediente No. 7147-01, reiterada por su Sala de Casación Laboral a través de proveído SL-3721 de 2019, expuso:

“La sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, ya que de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad. Como lo advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar.”

Aunado a lo anterior, si bien los testigos citados, son compañeros de trabajo de la actora, lo cierto es que, éstos tenían un conocimiento directo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se

desarrolló la relación laboral, por ende, no es factible que se les reste valor probatorio. Sobre este tema puntual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha señalado lo que a la letra pasamos a reproducir:

“Teniendo en cuenta lo anterior, en primer lugar, resulta desacertado el cuestionamiento del recurrente a los testigos decretados y practicados en favor del demandante, dado que el hecho de que los deponentes hubieran efectuado reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra una de las partes del proceso, o simplemente pertenezcan a un círculo social o determinada posición socioeconómica, no invalida el testimonio, ya que es de su declaración, el contenido de sus afirmaciones y explicaciones, su ubicación temporal en los hechos, entre otros aspectos objetivos en el momento de su práctica, lo que el juzgador debe valorar, a fin de encontrar la verdad real de lo planteado por los contendientes.

Precisamente, cuando se trata de compañeros de trabajo, la Corte ha sostenido la importancia de su declaración, si el objeto de lo debatido tiene que ver con el escenario laboral. Así, en sentencia CSJ, rad. 22842, del 30 sep. 2004, se dijo:

(...)

“Empero, las reglas de la sana crítica no obligan a negarle credibilidad a un testigo por la sola circunstancia del interés que pueda en él existir, ya que difícilmente habrá un proceso laboral en el cual quienes declaran no tengan alguna relación o bien con el patrono, por ser empleados directivos o representantes del mismo frente a los demás trabajadores, o bien con el trabajador, por ser sus compañeros de labor o por la circunstancia de pertenecer al mismo sindicato. En un proceso laboral lo usual es que quienes rinden testimonio son las personas que conviven en la empresa y que entre sí tienen tratos de diferente índole, unos jerárquicos, otros de amistad, o al menos de compañerismo, e incluso relaciones inamistosas, por ser también natural que la convivencia pueda generar discordias o desavenencias, e incluso ‘celos profesionales’.

Por todos estos especiales motivos la labor del juez laboral en ejercicio de las amplias facultades que le confiere el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo debe ser especialmente cuidadosa, y debe por ello el juzgador extremar su prudencia y su buen juicio para no caer en el facilismo de negar credibilidad a un testigo por circunstancias que en procesos de naturaleza diferente serían motivo fundado para admitir una tacha o poner en serias dudas la franqueza y veracidad de lo declarado por el deponente” (Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de Casación Laboral del 4 de octubre de 1995. Radicado 7202). (...) Sentencia SL-3160 del 06 de agosto de 2019, radicación No. 74360, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA:

Asimismo, en la sentencia SL-3721 del 11 de septiembre de 2019, radicación No. 69418, M.P. FERNANDO CASTILLO CADEMA, la Corte dispuso:

Tiene dicho esta Corporación que «la sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, ya que de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad. Como lo advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no

en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar" (Sent. Cas. Civ. de 28 de septiembre de 2004, Exp. No. 7147-01),

(...)

Debe haber, pues, una ponderación más aguda, sin que por ello se prescindiera de la información que suministran, misma que, si es capaz de superar los juicios de coherencia, seriedad y objetividad, puede ser tomada como base para decidir» (sentencia CSJ SL, del 12 de ago. 2011, rad. 11001-31-10-021-2005-00997-01).

Acorde a ello, esta Judicatura acoge el criterio jurisprudencial citado, toda vez que considera que no es dable restar valor probatorio a las declaraciones escuchadas en juicio, puesto que, los compañeros de trabajo son observadores directos de los hechos que se plantean en una demanda ordinaria laboral. Por esta razón, deben tenerse en cuenta sus declaraciones, más aún, cuando éstos son unánimes al indicar que la demandante prestó sus servicios a favor de la ESE VIDA SINÚ, bajo los contratos de obra y labor que suscribía con las demandadas T – Empleamos y Efectiva E.S.T. Ahora, si bien dentro de la audiencia de trámite en donde se recepcionaron esos testimonios, se presentaron ciertas irregularidades, lo cierto es que, no pasan de ser tales, y dichas circunstancias debían ser debatidas en aquella oportunidad y, no cuando ya se profirió la sentencia en este asunto.

Ahora, de los testigos de *María Helena López y José Dolores Arteaga*, se puede colegir que la señora Arrieta Bedoya, prestó sus servicios a través de contratos continuos e ininterrumpidos, que celebró con las entidades T – Empleamos y Efectiva E.S.T., desde el 13 de noviembre de 2013 hasta el 30 de agosto de 2017, cuyos servicios fueron prestados a favor de la ESE VIDA SINÚ.

En ese orden de ideas, es claro que, el contrato de trabajo debió declararse con T – Empleamos y Efectiva E.S.T., pues la actora, como ya se esbozó, se vinculó a éstas mediante contratos de obra o labor en forma ininterrumpida, desde el 13 de noviembre de 2013 hasta el 30 de agosto de 2017.

3. Del pago de prestaciones sociales.

Alega la vocera judicial de T – Empleamos S.A.S., en estricta síntesis que, existió una indebida interpretación de la demanda, ya que, la parte actora no solicitó el pago de prestaciones sociales, sino una

reliquidación de las mismas.

Pues bien, si analizamos al detalle la demanda, encontramos en los hechos 4° y 5°, que la parte actora esbozó lo siguiente:

“4°. En consecuencia, las cesantías consignadas y sus intereses, fueron liquidadas con base en el salario establecido en el contrato laboral regente para la fecha del cálculo, salario que no incluía el valor del recargo nocturno ni la remuneración por el trabajo desplegado en días de descanso obligatorio.

5°. En igual medida, el valor que por concepto de primas legales se pagaron durante la existencia del nexo laboral, se calcularon con base en el salario estipulado en el contrato que para la época de la liquidación reinaba, salario que no incluía el valor del trabajo dispensado en días de descanso obligatorio ni en la jornada nocturna.”

No obstante a lo anterior, en el acápite de pretensiones, específicamente, en la número 7 se denota que la actora pretende el pago de las prestaciones sociales correspondientes al período laborado entre el 13 de noviembre de 2013 y el 30 de agosto de 2017. Muy a pesar a ello, se colige que en los hechos citados (4° y 5°) de la demanda, la señora Arrieta bedoya acepta que le fueron canceladas las prestaciones sociales correspondientes a cesantías, intereses de cesantías y primas legales, señalando que las mismas fueron canceladas con el salario de la época, sin incluir recargo nocturno, ni dominicales y festivos, aspectos estos últimos que ha de advertirse no se encuentran probados, y en consecuencia, no es posible reliquidar estos derechos prestacionales.

A más de lo anterior, a diferencia de lo esbozado por el juez de primera instancia, considera esta Sala dable dar pleno valor probatorio a la misiva obrante en la página 46 (expediente pdf), la cual, si bien no se encuentra suscrita por las partes, fue allegada por la demandante, y la señala en el acápite de las pruebas de la demanda así:

“d. Copia de la liquidación definitiva del 01 de abril de 2015 al 30 de agosto de 2017, en un (1) folio”

Misiva donde consta que se liquidaron las prestaciones y emolumentos laborales correspondientes a vacaciones, cesantías, intereses y primas

legales, en un monto equivalente a \$1.166.715,00 y que refuerza el hecho de que la parte actora acepta, de una u otra forma, que le fueron sufragadas las prestaciones sociales.

Consecuencialmente, deberá revocarse la sentencia en cuanto a la condena al pago de cesantías, intereses de cesantías y primas legales.

4. De la condena por sanción moratoria.

Las voceras judiciales de T – EMPLEAMOS Y EFECTIVA E.S.T. muestran inconformidad con la imposición de esta sanción, pues bien, de antaño la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que la sanción moratoria, no es de aplicación automática, para imponerla se requiere que el enjuiciador haga un estudio acucioso del asunto, y verifique si existieron razones atendibles para que el empleador se sustrajera del pago de las obligaciones laborales propias del contrato de trabajo. Sobre este tema, es menester traer a colación la sentencia SL-16884 de 2016, en donde sobre el tema la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, dispuso:

“Esta sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada y pacífica que las indemnizaciones por mora que se encuentran establecidas en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. En dicha medida, siempre ha sido clara en precisar que «...el recto entendimiento de las normas legales consagratorias de la indemnización moratoria enseña que su aplicación no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación de la conducta del deudor.»

Aterrizando en el caso que ocupa nuestra atención, encuentra la Sala que no es pertinente impartir condena por este concepto, dado que, tal como se esbozó en líneas antecedentes las prestaciones sociales fueran sufragadas por las EST, empero, la inconformidad de la actora fue el salario que se empleó para liquidarlas, aspecto que no puede entenderse como equivalente a mala fe.

En ese orden, se revocará la sentencia en cuanto a este punto.

5. Del despido sin justa causa.

En lo que respecta a esta indemnización, en materia procesal, la carga de la prueba atinente al despido le corresponde al trabajador, por su parte, al empleador le asiste la obligación de demostrar la existencia de la justa causa para despedir, pues así lo ha reiterado la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL2949 de julio 25 de 2018 en donde enseñó:

“Precisado lo anterior, esta Sala de la Corte se adentra en el análisis de los yerros atribuidos al fallador de segundo grado, para ello, es oportuno recordar, que en materia de despidos «[...]sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión» (CSJ SL592-2014), además, probar que tales motivos son justas causas conforme al ordenamiento legal.”

Siguiendo el lineamiento jurisprudencial acotado, partimos por señalar que en el plenario se encuentra acreditado, conforme al dicho de los testigos que la demandante fue despedida, empero, también salta a la vista que de las pruebas recopiladas no se logra evidenciar que existiera una justa causa que motivara dicho despido, pues, muy a pesar que se trata de un contrato de obra o labor, lo cierto es que, en el plenario nos e acreditó que la terminación del mismo obedeciera a la terminación de la obra o labor que originó la prestación del servicio en la empresa usuaria, por ende, es pertinente mantener incólume la sentencia en cuanto a esto se refiere.

6. De la condena solidaria a la ESE VIDA SINÚ.

Se duele la apoderada judicial de la parte demandada (ESE VIDA SINÚ) de la declaratoria del contrato de trabajo con éstas, y mucho más, de la condena solidaria que le ha sido impuesta, así entonces, al estar en juego dineros públicos, es pertinente entrar a estudiar este tema.

Así de entrada se advierte que, el usuario de una empresa de servicios temporales, cuando el respectivo contrato entre ellos se ajusta a la normatividad legal, no se hace deudor solidario de las obligaciones laborales que se han adquirido con los trabajadores en misión, aunado a

lo anterior, tampoco podemos pregonar de él, la figura del contratista independiente de que trata el artículo 34 del C.S.T, dado que, claramente la empresa de servicios temporales se limitó a suministrar personal más no ejecutó la obra o servicio de forma directa.

Así lo ha dejado sentado la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las sentencias, (**Vid. Sentencias SL16350-2014; SL, 20 abr. 2010, Rad. 33275; SL, 31 may. 2000, Rad. 12382; SL, 24 abr. 1997, Rad. 9435**), para reforzar lo dicho basta traer a colación, lo indicado en la sentencia **SL, 20 abr. 2010, Rad. 33275, reiterando la SL, 24 abr. 1997, Rad. 9435**, en donde la Corte esgrimió:

“Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T. Arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.

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

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

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

Sean suficientes las razones esbozadas para revocar la condena solidaria que viene impuesta a la ESE VIDA SINÚ, consecuentemente, al revocarse esta condena cae por su propio peso la impuesta a la llamada en garantía por esta entidad, la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, y en ese sentido se revocará también la decisión.

7. Conclusión.

Así las cosas, se modificará el numeral primero de la sentencia apelada, en el sentido de declarar que entre la señora OLGA LUCIA ARRIETA BEDOYA y EFECTIVA E.S.T. y TEMPLEAMOS S.A., existió un contrato de trabajo desde el 13 de noviembre de 2013 al 30 de agosto de 2017.

Igualmente se modificará el numeral segundo de dicha sentencia, en el sentido de que se condenará a las demandadas a pagar, única y exclusivamente, la indemnización por despido injusto equivalente a la suma de \$1.918.064,00. Asimismo, se absolverá de la condena solidaria impuesta a la ESE VIDA SINÚ.

Por último, se revocará el numeral tercero de la sentencia apelada, en el sentido de absolver a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA de las condenas impuestas en su contra. Asimismo, se modificará el numeral cuarto de la sentencia apelada, en el sentido de declarar no probadas las excepciones de ausencia de cobertura temporal y la denominada límite del valor asegurado.

8. Costas

Como quiera que se está revocando la sentencia de primera instancia respecto a la ESE VIDA SINÚ y a la llamada en garantía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, es pertinente imponer costas en primera y segunda instancia a su favor, y cargo de la parte demandante. En cuanto a los demás intervinientes de la litis, no hay lugar a condenar en costas en esta instancia, por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, **el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de fecha junio 22 de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 001 2019 00351 01 Folio 209 promovido por OLGA LUCÍA ARRIETA BEDOYA contra E.S.E. VIDA SINÚ y otros.**, en el sentido de declarar que entre la señora OLGA LUCIA ARRIETA BEDOYA y EFECTIVA E.S.T y T EMPLEAMOS S.A, existió un contrato de trabajo desde el 13 de noviembre de 2013 hasta el 30 de agosto de 2017.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de fecha y origen antes anotados, en el sentido de que se condena a las demandadas a pagar, única y exclusivamente, la indemnización por despido injusto en la suma de \$1.918.064,00. Asimismo, absolver a la ESE VIDA SINÚ de la condena solidaria que viene impuesta.

TERCERO. REVOCAR el numeral tercero de la sentencia antes referenciada, en el sentido de absolver a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA de las condenas impuestas en su contra.

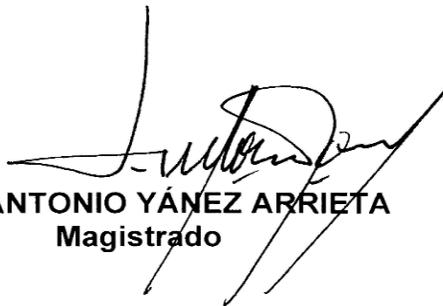
CUARTO. MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada, en el sentido de declarar no probadas las excepciones de ausencia de cobertura temporal y la denominada límite del valor asegurado.

QUINTO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

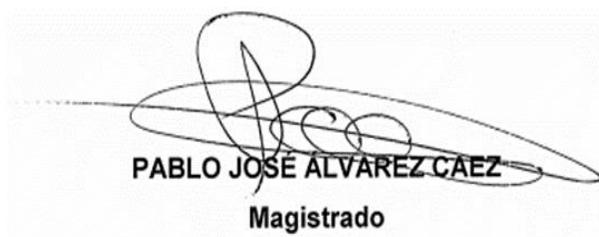
SEXTO: COSTAS en primera y segunda instancia a cargo del demandante, y a favor de la parte demandada (ESE VIDA SINÚ) y la llamada en garantía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA. Con respecto a los demás intervinientes, no hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

SEPTIMO. Oportunamente regrese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULLIO BORJA PARADAS
Magistrado