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° 23-001-31-05-003-2019-00209-01 Folio 239

A los dieciséis (16) 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 el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante con respecto a la sentencia de fecha julio 07 de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Montería – Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, **RADICADO BAJO EL No. 23-001-31-05-003-2019-00209-01 Folio 239 - 21** promovido por **CARMELO ANTONIO PORTILLO SOLERA,** contra **CECILIA EUGENIA TABOADA DE GUTIÉRREZ,** 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 proyecto presentado por el Ponente, el cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. El señor Carmelo Antonio Portillo Solera, a través de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la señora Cecilia Eugenia Taboada De Gutiérrez, con el fin de que se declare que, entre él como trabajador, y la demandada, como empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el día 09 de abril de 1989 como fecha de inicio y el 12 de febrero de 2019 como fecha de

terminación; y que dicho contrato de trabajo terminó sin justa causa, imputable al empleador. Por otro lado, que se declare que entre los finados JOSÉ TABOADA, JAIME TABOADA y la señora CECILIA EUGENIA TABOADA, existió una sustitución de empleadores.

En consecuencia, depreca que se condene a la demandada al pago de prestaciones adeudadas; a la sanción moratoria por el no pago de salarios y prestaciones, como también a la indemnización por despido sin justa causa; los dominicales dejados de cancelar; los pagos al Sistema General de Salud y al Fondo de Pensiones; se condene a cancelar la indexación de las sumas de dineros que se reconozcan, así como en costas y agencias en derecho a la demandada; y, por último, se condene ultra y extra petita.

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

-Afirma el actor que ingresó a laborar con el señor JOSÉ TABOADA el 09 de abril de 1989, mediante contrato a término indefinido y en forma verbal, y recibía órdenes de éste.

-Aduce que el 22 de agosto de 1994, el señor JOSÉ TABOADA inscribió el establecimiento de comercio VIVERO PITOLANDIA.

-Relata que su jefe inmediato, para la época de inicio de labores era el señor JOSÉ TABOADA, el cual se encuentra actualmente fallecido, por lo que continuó laborando con el señor JAIME TABOADA, hijo del finado, en el mismo establecimiento de comercio y con las mismas funciones; no obstante, el último a la fecha se encuentra igualmente fallecido, hace aproximadamente 7 años; por ese motivo, en la actualidad el establecimiento de comercio VIVERO PITOLANDIA es de propiedad de la señora CECILIA EUGENIA TABOADA.

-Indica que mantuvo con la señora CECILIA EUGENIA TABOADA la relación laboral iniciada el 09 de abril de 1989 hasta el 12 de febrero de 2019, fecha en que se le dio por terminado el contrato laboral; y que

desde el fallecimiento del señor JAIME TABOADA, la señora CECILIA EUGENIA TABOADA era la persona que le daba órdenes.

- Manifiesta que el horario de trabajo era de lunes a sábado de 07:00 am a 12:00 pm y de 02:00 pm a 04:00 pm y un domingo cada quince días; y las funciones que realizaba en el establecimiento de comercio "'VIVERO PITOLANDIA", eran las de sembrar las plantas que se comercializaban en dicho establecimiento y velar por su cuidado y preservación, esto es, estar pendiente de suministrarles el agua adecuada, abonarlas, hacerles trabajo de limpieza de forma periódica; las cuales desempeñaba de forma personal, y devengando un salario de $480.000,oo mensuales.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte demandada, ésta se pronunció sobre los elementos fácticos del libelo inicial, a través de apoderado judicial, oponiéndose a cada una de las pretensiones, por no existir vínculo laboral entre el demandante y su representada; afirma que el actor jamás prestó servicios a favor del padre de la demandada, como tampoco del hermano y mucho menos para ésta, así las cosas, queda claro que al no prestar servicio alguno, no se configuraron los tres elementos esenciales propios de un contrato de trabajo. Propuso como excepciones: *"Prescripción, Inexistencia de la Obligación y Cobro de lo no Debido".*

II. FALLO CONSULTADO

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, puso fin a la instancia mediante sentencia del 07 de julio de 2021, donde resolvió absolver a la demandada CECILIA EUGENIA TABOADA de todas las pretensiones incoadas en la demanda; sin condena en costas.

Fundamentó la *A quo* su decisión, teniendo en cuenta que, la total ausencia probatoria impide inferir la relación laboral que pudiera fundarse en la existencia de una actividad personal, continuada y permanente, desplegada por el demandante, que fuese merecedora de la presunción establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, es decir,

que se adolece de datos suficientes para determinar la misma con la demandada, y con las personas de quienes se pretende la sustitución patronal.

Como lo que está en discusión es una relación de trabajo bajo una sustitución patronal, es claro que debe emerger la actividad personal a cada empleador; no obstante, esto no se evidenció con total certeza, pues si bien en el sustrato fáctico se anuncia lo atinente a dicha sustitución, no existe ninguna prueba diferente a la afirmación del actor que respalden dichos asertos, y que permitan establecer con claridad, las relaciones laborales que se pregona, ni los extremos temporales en los que la prestación del servicio tuvo lugar para un empleador y para el otro. Adicionalmente, no se acredita la causa que produjo las sucesivas sustituciones, así pues, no obran elementos de juicio o alguna prueba que certifique los sujetos y los momentos o circunstancias de modo, tiempo, lugar en que se desarrolló la actividad para cada quien; por lo que resulta evidente entonces que, la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le incumbe conforme lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, tendiente a demostrar los hechos en que funda la pretensión; en tanto las pruebas aportadas no resultan idóneas para acreditar la existencia y continuidad de la relación proclamada, máxime cuando las causas de la sustitución patronal, al parecer en ambos casos, derivó de la extinción de la persona natural; hecho que teniendo establecida la prueba solemne para su comprobación, consagrado en la ley, brilla por su ausencia en el trámite procesal.

III. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTA INSTANCIA

Mediante proveído adiado 27 de julio hogaño, se les corrió traslado a las partes para alegar por escrito, sin embargo, no hubo intervención.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado Jurisdiccional de consulta

Es competencia de esta Sala verificar si efectivamente el demandante, señor Carmelo Antonio Portillo Solera laboró para los finados José Taboada, Jaime Taboada y la señora Cecilia Eugenia Taboada, desde el día 09 de abril de 1989 hasta el 12 de febrero de 2019. En consecuencia, de lo anterior, se analizará si le asiste derecho a que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las pretensiones invocadas por la parte actora.

2. Del contrato de trabajo y su acreditación

Delimitado lo anterior, debemos precisar que el artículo 22 del C.S. del T., nos enseña que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración, asimismo, del artículo 23 ibídem podemos inferir que este contrato se configura una vez concurran tres elementos esenciales i) la prestación personal del servicio, ii) el salario o remuneración y iii) la continuada dependencia o subordinación, siendo este último el elemento distintivo y diferenciador del contrato de trabajo.

Asimismo, conforme a lo estipulado en el artículo 24 del C. S. del T., toda relación de trabajo se presume regida por un contrato de trabajo, por lo que es deber del actor probar que efectivamente prestó sus servicios ante la persona natural o jurídica que fungió como su presunto empleador, mientras que a éste le corresponde desvirtuar que la misma estuvo sujeta a subordinación laboral. Para reforzar lo dicho basta traer a colación lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre otras en la sentencia SL1762 de mayo 23 de 2018, en la que expresamente señaló:

> ***"Aquí, es oportuno señalar, como lo hizo el ad quem, que el mencionado artículo 24 del CST dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato laboral, con lo cual al trabajador le basta demostrar la prestación personal del servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo subordinado. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma".***

Igualmente, en la sentencia SL1389 de mayo 5 de 2020, radicación No. 73353, la Corte claramente expuso:

> ***"Así mismo, esta Sala de Casación ha precisado, que para que se configure el contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de otra persona natural o jurídica y, en lo que respecta a la subordinación jurídica, no es menester su acreditación cuando la primera se hace manifiesta, pues en tal evento lo pertinente es hacer uso de la prerrogativa legal prevista en el artículo 24 del CST, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».***
>
> ***En consonancia con esa disposición, la Corte ha explicado que al demandante le basta probar su actividad personal para que se presuma en su favor la existencia del vínculo laboral, siendo al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, evidenciando que la relación fue independiente y no subordinada (sentencia CSJ SL2480 -2018). Así, es claro que la presunción legal consagrada en el artículo 24 del CST admite prueba en contrario, pero, para entender que fue desvirtuada, el material probatorio obrante en el plenario debe evidenciar que la relación no fue de índole laboral."***

Aunado a lo anterior, ha enseñado la jurisprudencia que la actividad probatoria del trabajador –demandante, no se centra solo en acreditar la prestación del servicio, además, éste tiene el deber procesal de allegar los medios de convicción necesarios para acceder a las condenas salariales, prestacionales e indemnizatorias, como es la acreditación de los extremos temporales de la relación, la jornada laboral, el monto del salario y el despido, entre otros hechos (Sentencias de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J.: SL249-2019, SL007-2019, SL1181-2018, SL13753-2017),

Dicho lo precedente, pasaremos a analizar el material probatorio recopilado en juicio, veamos:

3. De las pruebas recaudadas en el plenario

Primeramente, tenemos que en el interrogatorio de parte al demandante Carmelo Antonio Portillo Solera, éste reafirmó los hechos expuestos en la demanda; mientras la demandada Cecilia Eugenia Taboada, relató que la finca se llama "Medellín del Rosario", la cual era propiedad de su finado padre José Taboada, y que con su fallecimiento pasó a ser propiedad de ella y todas sus hermanas; y el VIVERO PITOLANDIA solo

funciona en una hectárea y media del predio de dicha finca. Igualmente, afirmó que el demandante nunca laboró en el Vivero ni a su favor.

Asimismo, se escucharon los testimonios de los señores ***Duván Darío Diaz Fabra, José Luis Gaviria Martínez, Arelys Del Carmen Serpa Bolaño,*** y ***Nel Antonio Peña Pereira.***

Por un lado, el señor ***Duván Darío Diaz Fabra,*** afirmó haber conocido al demandante en el año 1990 cuando empezó a comprar plantas para su mamá y árboles frutales para la finca de su padre- Que para esa data el demandante laboraba para el señor José Taboada, y que le consta porque iba al Vivero a comprar y siempre el actor estaba ahí. Asimismo, manifestó que el demandante laboró con el señor José Taboada hasta el fallecimiento de este último, luego laboró para el señor Jaime Taboada, y después de su muerte, siguió administrándolo la señora Cecilia Taboada; no obstante a lo anterior, desconoce las fechas en que laboró para cada uno de éstos. Sobre este deponente, llama la atención de la Sala que, esporádicamente iba al lugar donde presuntamente el actor prestaba sus servicios, ahora, gran parte de su narración atiende a lo que sobre el tema le ha comentado el demandante, lo que en últimas lo convierte en un testigo de oídas.

Por su parte, el testigo ***Nel Antonio Peña Pereira,*** fue tachado de falso por el vocero judicial de la parte demandada, indicando que fue cuñado del demandante. Así entonces, es plausible determinar que a la luz del artículo 217 del C.P.C. aplicable por analogía en materia laboral, al testigo sospechoso lo hace definir como tal encontrarse en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador, así, la jurisprudencia ha señalado que aunque el testigo se encuentre inmerso en una de estas circunstancias, ello no quiere decir que tenga que ser desechado, pues, su condición no implica que pueda faltar a la verdad, simplemente, se debe apreciar con mayor rigurosidad de aquel que ofrece una declaración libre de sospechas.

En ese orden, los testigos tachados de sospechosos, si bien, no deben ser desechados por el administrador de justicia, es su obligación valorarlos con mayor rigurosidad que aquellos cuya declaración se encuentra libre de cuestionamiento.

Conforme a lo dicho, procederemos a valorar la declaración del mentado testigo, veamos:

Manifestó que conoce al demandante desde que eran niños, y que conoció a la señora Cecilia desde hace mucho tiempo, pues, trabajó en Pítolandia, más o menos para los años 80, y que el señor Pito, es decir, José Taboada era su patrón. Ahora, en lo que interesa del proceso, indicó que el demandante si tuvo relación con el señor José y que Jaime y Cecilia eran los patrones en el vivero Pitolandia, y que la relación con el señor José terminó cuando éste murió, y que el actor siguió laborando para Jaime, y que le consta porque él nunca dejó de ir a Pitolandia. Asimismo, reiteró que el actor fue un trabajador de los señores Pito (José), de Jaime que era hijo de éste y Cecilia que era también hija del señor José Taboada. Igualmente, indicó que el señor Carmelo Portillo Solera cumplía un horario de trabajo de 7am a 12m y de 2pm a 4pm, y que no le pagaron aportes a salud y pensión, no le liquidaron las prestaciones sociales y además, no le consignaron cesantías a un fondo.

Asimismo, fueron escuchadas las declaraciones de los señores ***José Luis Gaviria Martínez y Arelys Del Carmen Serpa Bolaño,*** el primero manifestó no distinguir al demandante, no obstante, como quiera que era el contador de la señora Cecilia Taboada le consta que el demandante no figuraba dentro de las nóminas de los empleados del Vivero Pitolandia. Por su parte, la señora **Serpa Bolaño** aceptó haber visto al demandante en el vivero Pitolandía, empero, señaló que desconoce si el laboró o no para los señores José Taboada, Jaime Taboada y Cecilia Taboada.

Pues bien, en la demanda alega la parte actora dentro de los hechos que sustentan la Litis, que laboró desde el 09 de abril de 1989 bajo las órdenes del señor José Taboada, luego, bajo las directrices del hijo de éste Jaime Taboada, y una vez fallecido este último, bajo la dependencia y subordinación de la señora Cecilia Taboada, quien, a sus voces, sería su empleadora hasta el 12 de febrero de 2019. En ese orden, pretende que se declare que entre los finados JOSÉ TABOADA, JAIME TABOADA y la señora CECILIA EUGENIA TABOADA, existió una sustitución de empleadores.

Así las cosas, Cabe recordar, que conforme al artículo 67 del CST y lo ha entendido la Corte, se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, *«por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios»*. Así entonces, para que opere la sustitución patronal, es necesario que confluyan tres elementos:

i) El cambio del empleador;
ii) La permanencia de la empresa y,
iii) La continuidad del contrato de trabajo y/o prestación de servicios por parte del trabajador.

Pues bien, en el sub examine no se encuentra acreditado siquiera el primer supuesto fáctico referenciado, dado que, el actor no logró acreditar que laboró para cada uno de los presuntos empleadores, Jorge Taboada, Jaime Taboada y Cecilia Taboada, y muchos menos, se logra colegir del material probatorio allegado los extremos temporales en los que supuestamente prestó sus servicios a favor de cada uno de ellos.

Y es que si echamos una ojeada a la prueba testimonial traída a juicio, encontramos que solo dos de las declaraciones escuchadas en juicio refuerzan un poco el dicho del actor, por un lado, el señor ***Duván Darío Diaz Fabra,*** quien iba esporádicamente al vivero Pitolandia, aunado a ello, como se anotó en líneas antecedentes, gran parte de su dicho

atiende a los comentarios que sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar le comentaba el actor, de ahí que, no sea factible presumir la prestación personal del servicio de una prueba que no ofrece la certeza necesaria. Asimismo, el testigo ***Nel Antonio Peña Pereira,*** fue cuñado del demandante, por ende, no puede esta Sala reafirmar la existencia de un contrato de trabajo sustentado en la declaración de alguien que por circunstancias de parentesco, sentimientos y otros intereses, puede estar parcializado. Además, si en gracia de discusión se aceptara lo contrario, no podríamos arribar a una conclusión distinta, dado que, ninguno de los testigos logró acreditar los extremos en que el actor estuvo, presuntamente subordinado a los señores José Taboada, Jaime Taboada y Cecilia Taboada, carga probatoria que, se itera, le corresponde al actor.

En ese orden, al no encontrarse acreditada la prestación personal del servicio con cada uno de los supuestos empleadores, aunado a los extremos temporales, deberá esta Sala confirmar la sentencia consultada, sin imposición de costas en esta instancia por haberse desatado el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia.

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: CONFIRMAR la sentencia de fecha julio 07 de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, **RADICADO BAJO EL No. 23-001-31-05-003-2019-00209-01 Folio 239 - 21** promovido por **CARMELO ANTONIO PORTILLO SOLERA,** contra **CECILIA EUGENIA TABOADA DE GUTIÉRREZ.**

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

MARCO TULIO BORJA PARADAS
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 05 002 2020 00189 01 Folio 243

A los dieciséis (16) 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 el recurso ordinario de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha 13 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **SILVIA ROSA DE ORO BERRIO,** quien actúa a través de apoderado judicial contra **COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.,** radicado bajo el número **23 001 31 05 002 2020 00189 01 Folio 243,** 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 sobre el asunto, acogió el proyecto presentado por el Ponente, el cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. Antecedentes

1. La señora **SILVIA ROSA DE ORO BERRIO** presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.,** con la finalidad de que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado del R.P.M. al R.A.I.S., realizado

por ésta. Asimismo, se declare que la señora **DE ORO BERRIO**, ha tenido como única afiliación valida al Sistema General de Pensiones la efectuada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES y que es beneficiaria del Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a Colpensiones, a reconocer y pagar la pensión de vejez con base en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, teniendo como fecha de causación el día 07 de abril de 2013, momento en que la accionante cumplió con los requisitos para acceder a la pensión y como fecha de disfrute el día 07 de noviembre de 2017, data para la cual radicó la reclamación administrativa ante Colpensiones.

Igualmente, solicita se le reliquide el IBL de la pensión de vejez reconocida a la actora, en armonía con lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, es decir, con base en los últimos 10 años cotizados, asimismo, se le aplique una tasa de reemplazo del 90% y se condene a Colpensiones a pagar el retroactivo pensional correspondiente.

Requiere además, se condene a Colpensiones a incluir dentro de la historia laboral de la afiliada, los períodos 2009-01 hasta 2009-09 cotizados por el empleador RED COMERCIAL, pues, arguye que si laboró el tiempo referenciado, asimismo, se ordene a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones, las cotizaciones en pensiones recibidas en vigencia de la afiliación ilegal de la accionante, con la equivalencia del ahorro exigido en caso que hubieren permanecido dichos aportes en el R.P.M., así como los valores correspondientes a los rendimientos financieros, descuentos por gastos de administración, bonos pensionales y demás emolumentos pertenecientes a la cuenta de ahorro individual de la demandante, que se condene a Colpensiones a recibir los valores que traslade a Colfondos S.A., que se indexen todas la condenas.

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

- Manifiesta que fue afiliada el día 30 de agosto de 1982 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones.

- Señala que mediante Resolución No. SUB 32842 de febrero 02 de 2018, Colpensiones le reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a la actora, a partir del 01 de febrero de 2018, en cuantía mensual de $1.421.747,oo teniendo en cuenta 1.460 semanas de cotización.

- Expone que, la pensión le fue reconocida con fundamento en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, y que dado al traslado que tuvo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, perdió el régimen de transición.

- Indica que, al revisar las afiliaciones al RUAF, se percató que le aparecía una filiación en Colfondos, de fecha 14 de julio de 2000, por lo que, radicó un derecho de petición ante la demandada, Colfondos, a la cual se le dio respuesta el día 12 de marzo de 2018.

- Igualmente, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, en donde Colpensiones mediante Resolución No. SUB 32842 de febrero 02 de 2018, confirmó la aludida resolución. Además, mantuvo incólume dicho acto administrativo a través de la Resolución DIR 9720 de mayo 21 de 2018.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes. Por otra parte, afirmó ser ciertos unos hechos, no ser ciertos otros y no constarles otros. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *"NO CUMPLIR CON LOS REQUISITOS PARA SER BENEFICIARIA DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, NO SER PROCEDENTE LA NULIDAD O INEFICACIA DE TRASLADO POR ENCONTRARSE PENSIONADA POR VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD*

FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, EXCEPCIÓN DE BUENA FE, EXCEPCIÓN DE LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, PRESCRIPCIÓN, INNOMINADA"

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS *COLFONDOS S.A.*,** se opuso a todas y cada una de las pretensiones. En cuanto los hechos, manifestó ser ciertos unos, no constarle otros y negó los demás. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *"IMPOSIBILIDAD DE DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN, INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL PARA LA NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR HABER VUELTO OPORTUNAMENTE AL R.P.M., PRESCRIPCIÓN, DEVOLUCIÓN DE FRUTOS Y OBLIGACIONES RECIPROCAS EN CASO DE DECRETARSE LA NULIDAD O INEFICACIA, BUENA FE, INNOMINADA"*

II. Fallo apelado

Mediante sentencia de fecha 13 de julio de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., así las cosas, declaró la nulidad del acto de traslado efectuado por la demandante el día 14 de julio de 2000 del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

También ordenó a COLFONDOS, trasladar a Colpensiones los aportes pensionales efectuados por la accionante en el RAIS junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración, bonos pensionales y demás emolumentos que pertenezcan a la accionante, igualmente, condenó a Colpensiones a pagar a la señora De Oro Berrio, la mesada pensional a partir del 01 de febrero de 2018, por valor de $1.875.665,oo

Aunado a lo anterior, condenó a Colpensiones a pagar a la demandante, la diferencia en las mesadas pensionales reconocida en sede judicial en relación con la mesada pensional establecida en Resolución Sub 32842 del

02 de febrero de 2018, desde el 01 de febrero de 2018 hasta la fecha en la que reconozcan el pago de la reliquidación ordenada en el presente fallo.

Por último, absolvió a Colpensiones de los demás reclamos impetrados en la demanda, fijó costas y agencias en derecho en la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada entidad demandada.

Como fundamento de su decisión, el juez de primera instancia inicialmente definió las diferencias entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, asimismo, indicó que efectivamente la actora estuvo afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, luego se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y después, retornó al RPM- no obstante, concluyó que Colfondos no le ofreció la información documentada pertinente, sobre las consecuencias del traslado, y mucho menos, lo referente a la pérdida del régimen de transición, por lo que, concluyó que era pertinente declarar la nulidad del traslado.

Asimismo, expuso que la demandante cumplía con los requisitos del régimen de transición e igualmente con los supuestos contenidos en el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, para acceder al derecho pensional, en cuantía superior a la liquidada por Colpensiones, en donde, tomó como liquidación la obtenida en toda la vida laboral, por ser más beneficiosa. Igualmente, dispuso como fecha de disfrute de la pensión la consignada por Colpensiones en la Resolución en donde se reconoció el derecho, esto es, el 1º de febrero de 2018.

III. Recurso de apelación

Parte demandante:

Interpone recurso con referencia al punto a la fecha de disfrute de la prestación pensional, solicita sea reconocida desde el 7 de noviembre de 2017, momento en que se solicitó la pensión.

-Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones:

Dentro del término legal, el apoderado judicial de la Administradora

Colombiana de Pensiones – Colpensiones, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, aduciendo, básicamente que Colpensiones, no debe asumir las consecuencias jurídicas, la afiliación de la demandante fue libre y voluntaria, Colpensiones fue ajena a esa circunstancia, ya que fue una decisión autónoma y voluntaria- asimismo, aduce que la demandante cuenta con 62 años de edad, pensionada por dicha entidad el 2 de febrero del año 2018, por lo tanto, no es procedente la nulidad, ni tampoco el reconocimiento de reliquidación de pensión por estar en el régimen de transición, no existe lugar a que se haga nuevo reconocimiento de pensión de vejez, ni tampoco pago de retroactivo de pensión de vejez, expone que el empleador RED COMERCIAL en las cotizaciones desde el mes de enero a septiembre 2009, ya fueron validados por la entidad, por lo que no existe prueba de que estén cotizados en la historia laboral de la demandante, por último solicita no ser condenados en costas y agencias en derecho,

IV. Traslado para alegar en esta instancia

Mediante auto de fecha agosto 2 de 2021, se corrió traslado a las partes, sin intervención.

V. Consideraciones de la Sala

1. Grado jurisdiccional de consulta

Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que, corresponderá a esta Sala de oficio desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia, por haber sido ésta adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por ende, están en juego dineros de la Nación.

2. Problema jurídico

Acorde a lo anterior, es competencia de esta Sala abordar los siguientes puntos de censura:

i) Se analizará si erró el juez de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media

con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

ii) Igualmente, se analizará si debe Colpensiones cargar con las consecuencias propias de la ineficacia del acto de traslado, muy a pesar a que no participó ni intervino en dicho acto.

iii) También se estudiará si erró el a-quo al reconocer reliquidación de pensión de la demandante en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

iv) Además, es competencia de esta Sala determinar desde que fecha debió reconocerse el derecho pensional a la demandante.

v) Por último, se verificará si debió imponérsele condena en costas al demandado (Colpensiones)

3. Aspectos que no son objeto de controversia en esta instancia.

En este punto, fuerza anotar que en el plenario no es objeto de discusión y, por ende, se mantiene incólume de la sentencia de primera instancia, que la señora SILVIA ROSA DE ORO BERRIO, se trasladó de régimen el día 14 de julio de 2000.

4. *De la nulidad y/o ineficacia del traslado*

Partimos por indicar que la demandante, señora SILVIA ROSA DE ORO BERRIO alega en el libelo inicial que solo tuvo conocimiento del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que efectuara el día 14 de julio de 2000 a la administradora Colfondos S.A., cuando le fue notificada la Resolución SUB 32842 de febrero 02 de 2018 expedida por Colpensiones. No obstante, a lo anterior, tal como lo señaló el juez de primera instancia, lo cierto es que, las pruebas que reposan en el plenario, específicamente, el formulario de vinculación o traslado de COLFONDOS de fecha 12 de julio de 2000, así como el historial de vinculaciones SIAFP aportado por COLFONDOS S.A., en su contestación, se evidencia que la actora se trasladó de COLPENSIONES a COLFONDOS S.A., el 14 de julio de 2000, con fecha de efectividad del 01 de septiembre de 2000. Luego se trasladó de COLFONDOS a COLPENSIONES el 10 de marzo de 2010, con fecha de efectividad el 01 de mayo de 2010., lo que deja entrever claramente que la

actora tuvo pleno conocimiento de los traslados efectuados dentro de los dos regímenes.

Aunado a lo anterior, insiste la demandante en que la entidad demandada (COLFONDOS) no le brindó la información documental sobre las consecuencias que acarrea su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así entonces, partimos por indicar que en lo referente a la ineficacia del traslado, debe decirse que el Sistema General de Pensiones implementado por la ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral dispuso el deber de las administradoras de pensiones en brindar al afiliado una asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia.

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "*pro*" y también los "*contra"* que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen. En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habérsele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliado, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una

manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, véase las Sentencias **SL4336-2020, SL1688-2019, SL782-2018, SL19447-2017, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

Seguidamente, debe decirse que, el caso que nos convoca, es sui iuris, dado que, la demandante inicialmente eligió el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y luego se trasladó al RAIS, y posteriormente, retornó al RPM – en donde fue pensionada-. Muy a pesar de ello, debe advertirse que, era obligación de la ARL brindar la información necesaria, para advertir, como ya se expuso, los pro y contras del traslado, incluidos la pérdida del régimen de transición, pues, de no hacerlo hay lugar a la declaratoria de la nulidad de dicho traslado. Ello conforme a lo concebido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-934 del 17 de marzo de 2021, radicación No. 83025, en donde la Corte dejó sentado que, el criterio adoptado en la sentencia *CSJ SL373-2021,* según el cual, no es factible declarar sin efectos el traslado de quien adquirió el estatus jurídico de pensionado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esbozando lo que a la letra pasamos a reproducir:

> *"Para terminar, precisa la Sala que la decisión que aquí se adopta no contraviene el sentido fijado recientemente por esta Corporación en sentencia CSJ SL373-2021, según el cual, no es factible declarar sin efectos el traslado de quien adquirió el estatus jurídico de pensionado en el régimen de ahorro individual con solidaridad y, cuya pensión fue reconocida, financiada con los recursos de su cuenta individual de capitalización y el bono pensional, y disfrutada por varios años, por lo que su reversión podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el «sistema público de pensiones».*
>
> *Recuérdese que en el sub examine lo que se ordenó en favor del demandante fue la ineficacia del traslado ocurrido en marzo de 1997, cuando ostentaba la calidad de afiliado y que le produjo la pérdida del régimen de transición que entonces lo amparaba, beneficio que no obstante haber retornado, el 21 de diciembre de 2001, como afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, esta entidad no le respetó.*
>
> *A riesgo de fatigar, se itera que la situación aquí resuelta es esencialmente distinta a aquella del fallo referido, en consideración a que, como se hizo expreso y no se desconoció, el demandante regresó al régimen de prima media con prestación definida en condición de afiliado y, la pensión que le fue reconocida por Colpensiones, con cargo al fondo común que administra, no riñe con la orden de reliquidación dispuesta en favor del actor, que se pagará con cargo al mismo fondo común, y no afecta a otros actores del sistema".*

Acorde a lo anotado, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la demandada Colfondos S.A., haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, es claro que, la AFP incumplió su deber de información y, por consiguiente, es viable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca hubo traslado al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por tanto, no perdió los beneficios de dicho régimen de transición. Circunstancia ésta que nos lleva a confirmar la sentencia en cuanto a este punto.

5. No participación de Colpensiones en los actos de traslado

Considera la Sala tal y como fue señalado por el juez de primera instancia, que, al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia es que se vuelva a la situación anterior al mismo, es decir, que el afiliado regrese al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, por ende, no es necesario que medie la voluntad o intervención de Colpensiones en dichos actos jurídicos.

6. El régimen de transición y posterior reliquidación en el presente proceso.

Entraremos entonces a verificar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, norma que enseña, en lo referente a las mujeres, como es el caso, que será beneficiaria del mismo aquella que a la fecha de entrada en vigencia de la citada ley 100 de 1993, cumpla treinta y cinco (35) o más años de edad, o quince (15) o más años de servicios cotizados.

Acotado lo anterior, de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario, se tiene que la actora nació el día 07 de abril de 1958, lo que indica que al 1 de abril de 1994, fecha en que entró a regir la ley 100 de 1993, contaba con 35 años, sin que exista duda que inicialmente sería beneficiaria del régimen de transición, empero, no puede la Sala dejar a un lado que, conforme al parágrafo 4 del artículo 1º del acto legislativo 01 de 2005, el régimen de

transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, esto es, 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendrá el régimen de transición hasta el año 2014.

Habida cuenta de lo descrito en precedencia, es del caso disertar si la actora, cuenta con 750 semanas a la fecha de entrada del acto legislativo en mención.

Expuesto lo precedente, previo a contabilizar las semanas, debe advertirse, además, que le asiste razón al a quo cuando aduce que deben tenerse en cuenta las semanas reportadas en cero (o) debido a la mora del empleador, ello tomando a consideración que desde el momento en que el empleador afilia al trabajador a la administradora de pensiones, y siempre y cuando, se mantenga vigente la relación laboral, surge la obligación por parte de éste de efectuar las cotizaciones a su favor, por ello, en el evento en que haya mora en el pago de las cotizaciones, las administradoras de pensiones cuentan con la facultad legal para ejercer las acciones de cobro por el incumplimiento de esta obligación, no obstante, si no la ejercen no es viable que el afiliado asuma dicha carga, por ende, hay lugar a que las mismas sean tenidas en cuenta para que le sea reconocido el derecho. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL1624 radicada bajo el número N° 55447 de fecha dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Así las cosas, como quiera que la actora se duele de las semanas cotizadas durante los ciclos de enero a septiembre de 2009, las mismas deben ser tenidas en cuenta, toda vez que, la demandante laboró efectivamente para la sociedad RED COMERCIAL S.A., y además del reporte de semanas cotizadas de Colpensiones, se extrae que dicha entidad recibió dichos pagos.

En ese sentido, tenemos entonces que a 29 de julio de 2005, la demandante cuenta con más de las 750 semanas requeridas para hacer extensivo el régimen de transición a 31 de diciembre de 2014.

7. Ahora, el régimen pensional anterior que ampara a la señora De oro Berrio, es aquel al cual venía afiliada, así como quiera que la misma realizaba cotizaciones como trabajadora particular al ISS, hoy Colpensiones, le es aplicable el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, norma que a la letra establece:

> ***"ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ.*** *Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:*
>
> *a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
>
> *b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."*

Acompasando la norma acotada al sub judice, no existe duda que la demandante cuenta con el requisito de edad que consagra la norma, pues, como quedó consignado, nació el 17 de abril de 1958, cumpliendo los cincuenta y cinco (55) años de edad el mismo día y mes del año 2013, asimismo, completó más de las semanas requeridas para acceder al derecho, pues, a la fecha en que cumplió la edad, contaba con más de 1.000 semanas cotizadas

Tomando a consideración el ingreso base de liquidación de toda la vida laboral de la demandante, incluyendo los siguientes ciclos:

Red Comercial- Semanas sin incluir por Colpensiones		
Período	**Días**	**Semanas**
ene-09	30	4,29
feb-09	30	4,29
mar-09	30	4,29
abr-09	30	4,29
may-09	30	4,29
jun-09	30	4,29
jul-09	30	4,29
ago-09	30	4,29
sep-09	15	2,14
Total		36,43

Los cuales no fueron tenido en cuenta por Colpensiones, obtenemos un ingreso base de liquidación equivalente a $2.084.072,oo que multiplicado por una tasa de reemplazo del 90% nos arroja una mesada pensional equivalente a $1.875.665,oo, liquidación acorde a la efectuada por el juez de primera instancia, y en este punto se mantendrá incólume la decisión.

8. *causación y disfrute de la pensión*

El apoderado judicial de la parte demandante en su recurso de apelación, solicita se revoque la sentencia en cuanto se reconozca el derecho a partir de 7 de noviembre de 2017, y no a partir del 31 de enero de 2018.

Partimos por indicar que, la jurisprudencia ha sido constante en señalar que la causación como el disfrute de la pensión, son dos figuras completamente disimiles. La primera se produce cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos en la ley para acceder a ella, y en el segundo caso, supone el cumplimiento de los supuestos y se da cuando se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, previa desafiliación del régimen.

Asimismo, a la luz de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad, la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada, reunidos los requisitos para acceder al derecho pensional, pero será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma. De ahí que, esta norma exija la desafiliación por parte del afiliado para que entre a disfrutar el derecho pensional, porque tal como lo ha plasmado esta Judicatura en reiteradas oportunidades, puede pasar que una vez causado el derecho, el afiliado opte por seguir cotizando a fin de engrosar su monto pensional.

No obstante a lo anterior, ha precisado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que, si bien los citados artículos exigen la desafiliación del sistema para que pueda disfrutarse del derecho pensional, ante ciertas situaciones particulares, la aplicación de dichos preceptos debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen en el plenario, verbi gratia cuando confluyen el cese de cotización al sistema y la solicitud de reconocimiento de la pensión, deberá el juez entender que existió un retiro del sistema aunque no se haya reportado esa novedad. Para reiterar lo dicho basta traer a colación, lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL- 085 de enero 26 de 2021.

En el sub examine, el punto de controversia surge en torno a la fecha de disfrute del derecho pensional, pues bien, acorde a la historia laboral que reposa en el expediente la actora realizó cotizaciones hasta el día 1º de enero de 2018, por ende, no erró el juez de primera instancia al mantener como fecha de causación de la pensión, el 1º de febrero de 2018, aspecto en el cual se mantendrá incólume la decisión.

9. De la condena en costas

Solicita el apoderado judicial de la parte demandada (COLPENSIONES S.A) se absuelva de la condena en costas impuestas en primera instancia, pues bien, sea lo primero traer a colación lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral, el cual a la letra dispone:

> *"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
>
> *1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*
>
> *Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."*

Acompasando la norma al caso que nos convoca, encontramos que, la administradora de pensiones – COLPENSIONES S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el libelo inicial, aunado a ello, propuso excepciones de mérito y resultó vencida en juicio, de ahí que, había lugar a que se impusieran costas a su cargo.

10. Conclusión

Conforme a todo lo dilucidado previamente, esta Sala procede a confirmar la sentencia apelada, sin imposición de costas en esta instancia, al no haber réplica del recurso por la parte demandante.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA -**

LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia adiada 13 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **SILVIA ROSA DE ORO BERRIO,** quien actúa a través de apoderado judicial contra **COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** radicado bajo el número **23 001 31 05 002 2020 00189 01 Folio 243.**

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CÁEZ
Magistrado

MARCO TULIO BORJA PARADAS
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° 23 466 31 89 001 2018 00144 01 Folio 256

A los dieciséis (16) 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 julio 14 de 2021, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 466 31 89 001 2018 00144 01 Folio 256** promovido por **OBEIMER PERTUZ SIERRA**, por medio de apoderado judicial, contra la **E.S.E. CAMU DE LA APARTADA,** por ello en uso desus 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 sobre el asunto, acogió el proyecto presentado por el Ponente, el cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. El señor Obeimer Julio Pertuz Sierra, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la E.S.E. CAMU LA APARTADA, con la finalidad de que se declare que existió una relación laboral a término indefinido, desde el día 1° de mayo de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, con una asignación mensual de

$867.433,oo y cuya terminación fue sin justa causa. Asimismo, se declare que no hubo pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos.

Consecuencia de lo anterior, se condene a la empresa demandada a pagar la nivelación salarial, horas extras diurnas y nocturnas, recargos nocturnos, dominicales y festivos, prestaciones sociales, vacaciones, dotación, seguridad social e indemnización por despido injusto. Adicionalmente, se condene al pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., la sanción dispuesta en los artículos 98, 99 y 106 de la Ley 50 de 1990, se falle extra y ultra petita.

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

- Narra el actor que estuvo vinculado a la accionada mediante múltiples contratos de prestación de servicios, desde el 1° de mayo de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, en labores de *CELADOR* con una última asignación salarial de $867.433,oo.

- Relata que, durante el tiempo laborado, tenía turnos habituales de 12 horas diarias de lunes a domingo, bajo la subordinación de la demandada, no se le suministró dotación ni el pago de horas extras diurnas y nocturnas, recargos nocturnos, festivos y dominicales.

- Señala que fue despedido sin justa causa y sin previo aviso por parte del empleador, le realizaron deducciones salariales por retención en la fuente que no fueron devueltas, nunca le fueron canceladas las prestaciones sociales ni la seguridad social.

- Manifiesta que presentó reclamación administrativa, cuya solicitud fue negada por parte de la accionada, asimismo, se efectuó una conciliación extrajudicial entre ambos, la cual resultó fallida.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la E.S.E. CAMU LA APARTADA guardó silencio durante el término que tuvo para contestar la demanda.

II. FALLO APELADO

A la primera instancia se le puso fin mediante sentencia de fecha julio 14 de 2020, a través de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano – Córdoba, declaró la existencia de dos contratos de trabajo, el primero se desarrolló desde el día 1° de octubre de 2013 hasta el 31 de diciembre del mismo año, mientras que el segundo fue desde el 1° de marzo de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015. Como consecuencia, condenó a la E.S.E. CAMU LA APARTADA a pagar en favor del demandado, los conceptos de cesantías dejadas de pagar durante la relación laboral, prima de navidad y vacaciones, el cálculo actuarial correspondiente a los aportes en pensión no efectuados durante el contrato, sanción moratoria, indemnización por despido injusto, costas y agencias en derecho, y absolvió a la demandada de las demás pretensiones.

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.; asimismo, refirió la legislación que cobija a las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.) y coligió la calidad de trabajador oficial del actor por sus funciones. Consideró que, pese a la tacha promovida por la demandada, el testimonio de *Rafael Argumedo* concuerda con las pruebas documentales que no fueron tachadas, razón por la cual se encuentra acreditada la prestación personal del servicio, la cual conlleva a la presunción de subordinación que no fue desvirtuada por la parte accionada, toda vez que guardó silencio en el término para contestar la demanda.

Manifiesta que el actor no contaba con margen de decisión respecto al desarrollo de sus funciones y fue despedido sin justa causa, dado que el vínculo terminó por voluntad del empleador y, por ende, procede la indemnización por despido injusto. También procede la prima de navidad, en virtud del artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969 y la Sentencia SL 1701-21 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Concedió la sanción moratoria por mala fe del empleador, debido a que ésta se

probó con su desinterés, falta de contestación de la demanda y ausencia de pruebas sumarias de su actuar en los contratos de prestación de servicios, además, tampoco probó aportes a la seguridad social en pensión.

No obstante, las demás pretensiones fueron negadas, toda vez que el accionante no calculó ni demostró los saldos adeudados correspondientes a horas extras, recargo nocturno y dominicales. Respecto a la dotación, el *A quo* manifiesta que este beneficio se otorga al trabajador activo según la jurisprudencia; los intereses de cesantías tampoco proceden, conforme a lo señalado en el artículo 33 del Decreto 2118 de 1968; las primas de servicios fueron negadas en virtud del artículo 1° del Decreto 1042 de 1978 y la Sentencia SL 58121-21 de la Corte Suprema de Justicia. En cuanto a la sanción por no consignación de cesantías que menciona la Ley 50 de 1990, no se concede porque no se demuestra afiliación en fondo de cesantías y no es aplicable a los Trabajadores Oficiales.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La vocera judicial de la ***demandada*** interpuso recurso de apelación frente a la anterior decisión, manifestando que el vínculo fue civil y comercial, tal como se explicó en los alegatos de conclusión y como se encontró probado, además, esta relación contractual no fue continua. Aduce que no hubo subordinación ni obligación de cumplir horario, el servicio era prestado por el actor de manera independiente sin injerencia de la entidad, la supuesta subordinación en realidad fue coordinación.

Arguye que el único testigo, además de tener vínculo de afinidad en primer grado con el actor, no tiene ninguna injerencia en el área de administración y contratación del CAMU, se contradice y poco o nada conoce del manejo de la E.S.E. en la contratación. Además, el hecho de que viera al demandante en las instalaciones o llegara a su casa a determinadas horas, no significa que existiera subordinación u obligación de cumplir horario.

Expresa que el *A quo* desconoció la existencia de prescripción de derechos reconocidos en la sentencia, debido a que la demanda se presentó en noviembre de 2017 y, para la fecha, los períodos que corresponden a los últimos tres (03) años ya se encontraban prescritos, es decir, todas las reclamaciones desde el 03 de noviembre de 2014 hacia atrás se encontraban prescritas, sin que el juzgado se hubiera manifestado al respecto. En cuanto a la sanción moratoria, manifiesta que no hubo mala fe, toda vez que la entidad demandada consideró que actuó conforme a la Ley, en este sentido, la aplicación de la sanción es infundada, puesto que siempre contestaron los requerimientos del demandante. Por lo anterior, solicita revocar el fallo y absolver a la demandada.

IV. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTA INSTANCIA

Mediante auto adiado agosto 05 de 2021, se les corrió traslado a las partes para alegar por escrito. No obstante, dentro del término señalado en el referido auto, las partes guardaron silencio.

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 los problemas jurídicos a resolver se ciñen en:

i) Estudiar la existencia o no de una relación laboral entre el señor Obeimer Pertuz y la E.S.E. CAMU LA APARTADA.

ii) De concluir la existencia de dicha relación, determinar si el A

quo erró al desconocer la prescripción de las pretensiones precedentes al día 03 de noviembre de 2014.

iii) De no prosperar el anterior punto, establecer la procedencia de la condena al pago de sanción moratoria, contemplada en el artículo 65 del C.S.T.

2. De la presunción del artículo 20 del decreto 2127 de 1945

Respecto al tema que nos convoca, fuerza traer a colación lo dispuesto en el citado artículo, el cual a la letra dispone:

> ***"ARTICULO 20. El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción."***

De lo transcrito en precedencia, se tienen tres supuestos jurídicos a considerar: (i) que le basta al demandante cumplir en su ejercicio probatorio con la probanza de la prestación personal de cualquier servicio, para dar pie a la presunción legal del contrato de trabajo; (ii) que corresponde al que recibió o aprovechó dicha prestación del servicio, la tarea de derruir tal presunción. (iii) que una vez acreditada la prestación del servicio, se invierte la carga probatoria. Así lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL2928, radicación N.° 57800 del treinta y uno (31) de julio de dos mil diecinueve (2019), donde expuso:

> ***"En relación con este argumento, es oportuno recordar que, los trabajadores oficiales que prestan un servicio personal, también se encuentran amparados por la presunción de existencia del contrato de trabajo, como lo recordó el fallo CSJ SL981-2019, que en uno de sus pasajes señaló:***
> ***"Igualmente, es importante recalcar que, de forma similar al sector privado, en el sector oficial toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo (art. 20 D. 2127/1945), regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta con acreditar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido mediante la prueba de que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.***
>
> ***Hecha la anterior precisión fácilmente se colige el yerro fáctico del Tribunal en este punto, ya que le bastó con verificar que en cada contrato el ISS certificó la necesidad de vincular a la peticionaria bajo una de las modalidades de Ley 80 de 1993; que a los 57 contratos se adosó una oferta de servicios por parte de la actora y se suscribieron pólizas de***

cumplimiento, informes de interventoría y actas finales de cumplimiento; no obstante, tales instrumentales son insuficientes para «desvirtuar» la existencia de una relación subordinada, especialmente cuando existe material probatorio que da cuenta de una relación de trabajo más allá de 30 de noviembre de 2003".

2. Trabajadores oficiales en las entidades públicas.

En vista de que está en juego el patrimonio de la Nación, dada la calidad de Empresa Social del Estado que tiene la parte demandada, la Sala de oficio procederá a estudiar la presunta calidad de trabajador oficial que ostenta el demandante. Sobre lo concerniente, el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003 establece:

"ARTÍCULO 16. CARÁCTER DE LOS SERVIDORES. Para todos los efectos legales, los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto serán empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes serán trabajadores oficiales." **(Subraya la Sala).**

Sobre el concepto subrayado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia esclareció su interpretación mediante sentencia SL 18413-17, reiterada en la SL 1334-18, de la siguiente manera:

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

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

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

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

(…)

Las anteriores definiciones coinciden exactamente con las pautas fijadas por el Ministerio de Salud, mediante Circular n.° 12 del 6 de febrero de 1991, para la aplicación del parágrafo del artículo 26 de la

Ley 10 de 1990, sobre la clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector de la Salud.

Mantenimiento de la planta física hospitalaria.

Son aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, que no impliquen dirección y confianza del personal que labore en dichas obras, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.” (Subraya la Sala).

Teniendo en cuenta el criterio señalado, esta Judicatura colige que, en el caso concreto, la labor que asegura haber desempeñado el actor, corresponde a la de trabajador oficial.

Dilucidado entonces lo anterior, pasaremos a estudiar las pruebas allegadas al proceso.

3. De las pruebas recopiladas en juicio-.

Pues bien, con la demanda fue allegada una respuesta dada por la Gerente de la ESE CAMU DE LA APARTADA, de fecha noviembre 15 de 2017, que ciertas personas, entre ellas, el señor Pertuz Sierra celebraron con dicha ESE, ciertos contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, durante los años 2014 y 2015.

Asimismo, en el plenario fue escuchada la declaración del señor ***Rafael Argumedo Peralta,*** quien fue tachado por sospecha, al ser el padrastro del actor, sobre este punto, debe advertirse que es plausible determinar que a la luz del artículo 211 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral, al testigo sospechoso lo hace definir como tal encontrarse en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador, así, la jurisprudencia ha señalado que aunque el testigo se encuentre inmerso en una de estas circunstancias, ello no quiere decir que tenga que ser desechado, pues, su condición no implica que pueda faltar a la verdad, simplemente, se debe apreciar con mayor rigurosidad de aquel que ofrece una declaración libre de sospechas.

En ese orden, los testigos tachados de sospechosos, si bien, no deben ser desechados por el administrador de justicia, es su obligación valorarlos con mayor rigurosidad que aquellos cuya declaración se encuentra libre de cuestionamiento. Sobre este punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiteró lo dicho por la Sala Civil en la sentencia Expediente No. 7147-01 de septiembre 28 de 2004, en la sentencia SL-3721 de 2019, indicando:

> ***"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."***

Conforme a lo antes expuesto, se valorará la declaración del citado testigo, así:

El señor ***Argumedo Peralta*****,** señala la E.S.E. CAMU LA APARTADA desde febrero de 2010, prestó sus servicios como auxiliar en el área de archivo; conoce al actor por ser su vecino, padrastro y haber sido compañeros de trabajo. Dice que el actor laboró en la empresa como vigilante, quien se encontraba encargado de la portería, recibía a los pacientes en la urgencia y fue vinculado mediante contrato por prestación de servicio. Desconoce el día exacto en que el demandante empezó a trabajar, pero sabe que entre 2011 y 2012, hasta el 31 de diciembre de 2015. Manifiesta que la parte de nómina tiene entre 6 y 7 empleados, mientras que la parte asistencial es vinculada mediante contrato por prestación de servicios. Afirma que el demandante laboraba con un horario de 12 horas, diaria y nocturno, incluyendo domingos y festivos, ganaba el salario mínimo, fue retirado cuando hubo cambio de administración y, tanto él como el actor, no recibían prestaciones sociales ni seguridad social.

Así las cosas, nótese que, el dicho de este testigo no concuerda con la respuesta dada por la ESE y sobre la cual se anotó en líneas antecedentes, pues, mientras el testigo afirma que el demandante

laboró desde el año 2011, la prueba documental nos deja entrever que lo fue desde el año 2014. Sin embargo, ello no es óbice para que esta Colegiatura deje en vilo la relación laboral que se alega, pues, en la aludida respuesta a la petición elevada por el actor, es la misma demandada la que acepta que éste prestó sus servicios durante los años de 2014 y 2015.

Así las cosas, es claro entonces que el primer contrato de trabajo aludido por el demandante no se encuentra acreditado en el plenario, lo que nos mueve a mantener incólume la decisión en cuanto al segundo contrato, el cual se encuentra efectivamente probado, esto es, el que va desde el 1° de marzo de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015, pues, claramente ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, en la sentencia de fecha SL-905 del 04 de noviembre de 2013, radicada bajo el número 37865, que cuando se tenga seguridad sobre la prestación del servicio en un lapso determinado, podrá el enjuiciador indicar en forma aproximada los extremos temporales del contrato de trabajo.

En ese orden de ideas, se modificará el numeral primero de la sentencia de fecha y origen antes anotado, en el sentido de, declarar que entre el demandante señor OBEIDER JULIO PERTUZ SIERRA y la ESE CAMU LA APARTADA, existió un contrato de trabajo desde el 01 de marzo de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015.

4. Del fenómeno de la prescripción.

Como quiera que la parte demandada no contestó la demanda, no es posible que de oficio esta Sala entre a estudiar ese fenómeno jurídico, como se alega en el recurso de alzada, ello conforme a lo señalado en el artículo 282 del C.G.P., el cual a la letra dispone:

> ***"En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda".***

Aspecto sobre el cual ha insistido la Corte Suprema de Justicia, Sala de

Casación Laboral, entre otras en la sentencia SL- 5268 de diciembre 04 de 2019, radicación n.° 66566, en donde se expuso:

> ***"La Sala destaca que les corresponde a las partes ejercer adecuadamente el derecho de defensa a través de los mecanismos previstos por el ordenamiento, sin que sea imputable a las autoridades judiciales la desidia de la parte interesada en hacer uso adecuado de los mismos. Para el efecto, la parte demandada tiene la posibilidad de formular las excepciones de mérito con el objetivo de evitar que el derecho reclamado por la parte actora termine en pleno vigor. Así lo señaló la Sala en sentencia CSJ SL, 25 jul. 2006, rad. 26939, reiterada en CSJ SL SL3693-2017, en la que se dijo:***
>
> > ***Por sabido se tiene que las excepciones procesales son los mecanismos o herramientas de defensa que la ley otorga a la parte demandada para "controlar la existencia jurídica y la validez formal del proceso, depurándolo cuando sea el caso de defectos o impedimentos que atentan contra la eficacia misma del instrumento. De ahí que, por vía de principio general, ellas tengan como objetivo salvaguardar los presupuestos procesales, para disponer los saneamientos correspondientes cuando haya lugar, o provocar el aborto del proceso, terminándolo formalmente, cuando las deficiencias no se superan y siguen gravitando en él", conocidas con el nombre de previas o dilatorias y entre las que se encuentran las de falta de competencia, de jurisdicción, compromiso, falta de integración del litis-consorcio necesario; o para atacar el alma o el corazón del derecho deprecado por la contraparte, pues su fin no es otro que repeler que éste acabe en pleno vigor; aquí, entonces, el blanco de la defensa apunta a las pretensiones de la demanda y son las de mérito o de fondo, entre ellas están las de prescripción, pago y compensación.*** **(subrayado fuera del texto)".**

Por lo dicho, no es factible que esta Sala de Decisión entre a estudiar el fenómeno de la prescripción, al no haberse contestado la demanda, y no haber sido propuesto dentro de la oportunidad dispuesta para ello.

Visto lo precedente, se modificará también el numeral segundo de la sentencia apelada, en el sentido de condenar al demandando al pago de prestaciones sociales, solo en razón al segundo contrato declarado por el a quo, así:

1) La suma de $1.558.504,oo por concepto de cesantías dejadas de pagar durante la vigencia de la relación laboral.

2) La suma de $1.492.576,oo por concepto de prima de navidad.

3) La suma de $759.003,oo por concepto de vacaciones

Igualmente, se modificará el numeral tercero de la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la parte demandada al pago del cálculo actuarial correspondiente a los aportes en pensión que dejó de realizar a favor del demandante, por el lapso del 01 de marzo de 2014 al 31 de diciembre de 2015, con destino al fondo de pensiones en el cual se encuentre afiliado el trabajador o se afilie, según la liquidación que realice la referida aseguradora. Con base en las asignaciones devengadas para cada año $829.286,oo (2014) y $867.433,oo (2015)

Atado a lo dicho, se modificará el numeral quinto de la sentencia, en el sentido de condenar a la demandada ESE CAMU DE LA APARTADA a través de su representante legal o quien haga sus veces, pagar a la parte actora señor OBEIDER JULIO PERTUZ SIERRA indemnización por despido injusto, por la terminación del contrato antes de la finalización del plazo presuntivo en la suma de $3.354.074,oo.

5. De la sanción moratoria (artículo 65 del C.S.T)

Corresponde estudiar si debió imponerse condena por la sanción por no pago de prestaciones sociales. Así entonces, sea pertinente indicar que de antaño esta Sala de Decisión sobre el tema ha esbozado lo siguiente:

> ***"Empero, de un análisis de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre este temática, particularmente de sus sentencias: SL 30 abr. 2013, rad. 45765; SL43457, 23 jul. 2014, rad. 43457; SL7145, 3 jun. 2015, rad. 43621; este Tribunal deriva la siguiente sub-regla jurisprudencial: en principio, esto es, como norma general, la sanción moratoria en examen, se impone cuando la declaración de la existencia de la relación labora tuvo como fundamento pruebas evidentes del elemento de subordinación, habida cuenta que estas mismas sirven de apoyo para descartar la creencia razonable del empleador de la inexistencia del vínculo laboral. Así, por ejemplo, lo señaló Corte en sentencia SL, 30 abr. 2013, rad. 45765 (M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruíz):***
>
> > ***"Todos esos elementos probatorios evidencian inequívocamente que la subordinación fue una constante en la relación entre las partes, por lo que no es de recibo la excusa del Instituto, de tener una creencia razonable sobre la naturaleza distinta a la laboral de los contratos que suscribió con el demandante, y en esa medida, su actuación no estuvo revestida de buena fe".***
>
> ***Contrario sensu, si a la declaración judicial de la existencia de la relación laboral se llega no por la existencia fehaciente de pruebas del elemento de subordinación, sino con apego a la presunción del artículo 24 del C. S. del T., derivada esta de la prueba apenas de la prestación de la actividad personal, lo que se impone es absolver a la parte empleadora de la sanción susodicha, pues, en principio, no habría elementos para descartar su buena fe[1]."***

[1] Ver sentencia de junio 27 de 2018, proferida dentro PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 001 31 05 005 2016 00281 02, folio 348 promovido por ALEXANDER DEL CRISTO ALMANZA HOYOS contra CLINICA ZAYMA LTDA.

Pues bien, debe resaltarse que, a contrario sensu, de lo expuesto por el juez de primera instancia, la declaratoria del contrato en este asunto, se hizo con apego a la presunción del artículo 24 del C.S.T., ya que, la prestación de servicio se acreditó con la contestación que a una petición efectuara el demandado, sin que con ello se lograra deducir que las funciones desempeñadas por el actor eran autónomas e independientes, por ende, considera esta Sala que, no hay lugar a la condena por esta sanción, y en ese sentido, se revocará el numeral cuarto de la sentencia de fecha y origen antes anotado.

6. Por colofón.

Se modificarán los numerales primero, segundo, tercero y quinto de la sentencia en la forma dispuesta con antelación, asimismo, se revocará el numeral cuarto de la decisión de primera instancia, en el sentido de absolver a la demandada del pago de la sanción moratoria. Igualmente, se confirmará en todo lo demás.

No se impondrán en esta instancia costas, 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 julio 14 de 2021 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO BAJO EL No. 23 466 31 89 001 2018 00144 01 Folio 256** promovido por **OBEIMER PERTUZ SIERRA**, por medio de apoderado judicial, contra **E.S.E. CAMU DE LA APARTADA**, en el sentido de, DECLARAR que entre el demandante señor OBEIDER JULIO PERTUZ SIERRA y la ESE CAMU LA APARTADA, existió un contrato de trabajo

desde el 01 de marzo de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de fecha y origen antes anotado, en el sentido de condenar al demandando al pago de prestaciones sociales, solo en razón al período laborado entre el 01 de marzo de 2014 al 31 de diciembre de 2015, así:

1) La suma de $1.558.504,oo por concepto de cesantías dejadas de pagar durante la vigencia de la relación laboral.

2) La suma de $1.492.576,oo por concepto de prima de navidad.

3) La suma de $759.003,oo por concepto de vacaciones

TERCERO. MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada, en el sentido de condenar al pago del cálculo actuarial correspondiente a los aportes en pensión que dejó de realizar a favor del demandante, por el lapso del 01 de marzo de 2014 al 31 de diciembre de 2015, con destino al fondo de pensiones en el cual se encuentre afiliado el trabajador o se afilie, según la liquidación que realice la referida aseguradora. Con base en las asignaciones devengadas para cada año $829.286,oo (2014) y $867.433,oo (2015)

CUARTO. REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia antes referida, en el sentido de ABSOLVER a la entidad demandada del pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C-S.T.

QUINTO. MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia, en el sentido de condenar a la demandada ESE CAMU DE LA APARTADA a través de su representante legal o quien haga sus veces, PAGAR a la parte actora señor OBEIDER JULIO PERTUZ SIERRA indemnización por despido injusto, por la terminación del contrato antes de la finalización del plazo presuntivo en la suma de $3.354.074,oo.

SEXTO. CONFÍRMESE en todo lo demás la sentencia apelada.

SEPTIMO. SIN COSTAS en esta instancia.

OCTAVO. Oportunamente regrese el expediente a su oficina deorigen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

MARCO TULIO BORJA PARADAS
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° 23 466 31 89 001 2019 00020 01 Folio 259

A los dieciséis (16) 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 julio 16 de 2020 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, **RADICADO BAJO EL No. 23 466 31 89 001 2019 00020 01 Folio 259** promovido por **MILEINE DONADO CARVAJAL**, por medio de apoderado judicial, contra **RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A. y el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA,** por ello en uso desus 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 sobre el asunto, acogió el proyecto presentado por el Ponente, el cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. La señora Mileine Donado Carvajal, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la empresa RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA y el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA, con la finalidad de que se declare que existió una relación laboral a término indefinido, desde el día 10 de octubre de 2011 hasta el 12 de diciembre de 2016, cuya terminación fue sin justa causa y las prestaciones no fueron canceladas.

2. Consecuencia de lo anterior, se condene a la empresa demandada a pagar las prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido injusto, se condene solidariamente a la empresa con la Gobernación de Córdoba a pagar la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., la sanción moratoria dispuesta en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, se declare que la empresa demandada no pagaba el salario mínimo mensual durante la relación laboral y se ordene el reajuste, se indexen las condenas impuestas y, adicionalmente, se falle extra y ultra petita.

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

- El día 10 de octubre de 2011, la demandante suscribió contrato mercantil con la empresa demandada, cuando se denominaba "Apuestas de Córdoba LTDA", para la venta de apuestas de chance en el municipio de Montelíbano. Cuando la empresa cambió el nombre, el contrato siguió con las mismas labores y siempre fue de forma dependiente, debido a que la empresa le daba los elementos y el lugar de trabajo para las ventas, asimismo, cumplía horario y tenía jefe inmediato.

- Entre la empresa RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A. y la GOBERNACIÓN DE CÓRDOBA, se suscribieron contratos de concesión, No. 795-2009 y No. 545-2014, para la operación de juegos permanentes de apuesta o chance en el departamento. Por ser esta

actividad un monopolio del Estado, éste mediante tercero la realiza, siendo el departamento el beneficiario de la obra.

- El valor del contrato estaba determinado por un porcentaje de ventas, que la vendedora realizara diariamente, nunca se pagó salario mínimo mensual, dado que los pagos eran inferiores y el horario era de ocho (08) horas de lunes a sábado, normalmente de 2:00 pm a 8:00pm y de 8:00 am a 2:00 pm, los cuales eran impuestos por el administrador de zona.

- La empresa RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA no le pagó a la demandante seguridad social, prestaciones sociales, vacaciones, horas extras ni festivos, debido al ocultamiento de una verdadera relación laboral. Además, de la subordinación y horario impuesta por el administrador de zona *Amaury Oviedo*, la empresa suministraba equipos, uniforme y lugar de trabajo.

- El día 12 de diciembre de 2016, la empresa decidió terminar unilateralmente el vínculo contractual, sin ningún argumento y sin liquidar a la actora.

4. Admitida la demanda y notificada en legal forma, RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA por conducto de apoderada judicial, contestó la misma, aceptando algunos hechos y negando otros, se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Asimismo, propuso como excepciones las de *"Prescripción", "Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir", "Carencia de derecho sustantivo"* y *"las que resulten probadas en el curso del proceso"*.

De la misma manera, el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA, a través de vocera judicial, contestó la demanda manifestando ser parcialmente cierto el hecho 4°, ser cierto el hecho 12° y no constarle los demás, también se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho. Asimismo, propuso como excepciones las de *"Falta de legitimación en la causa por pasiva", "Inexistencia de la obligación a cargo del Departamento de Córdoba"* e *"Innominada"*.

II. FALLO APELADO

A la primera instancia se le puso fin mediante sentencia de fecha julio 16 de 2020, a través de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano – Córdoba, declaró probadas las excepciones *"inexistencia de la obligación"* y *"falta de causa para pedir"*. Como consecuencia, absolvió a la demandada RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A. de las pretensiones y se abstuvo de referirse al fenómeno de solidaridad del DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA en el presente asunto.

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.; asimismo, refirió la regulación de los colocadores de apuestas y citó la Ley 50 de 1990. Destacó la existencia de un horario de trabajo, el suministro de lugares de trabajo y elementos como computadores, sin embargo, señala que, según la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el simple hecho de existir un horario no es indicativo de que haya subordinación, deben analizarse en contexto los demás elementos materiales probatorios para determinar la subordinación, en el caso concreto, no se cuenta con los demás elementos, solamente con el dicho de la testigo *Salima Donado Carvajal*, quien es hermana de la demandante.

En cuanto a los uniformes, dice que hubo un contrato de concesión y que éstos no pueden calificarse como dotación, puesto que su suministro es un cumplimiento de las cláusulas por parte de la concesionaria. Respecto a las capacitaciones, el *A* quo considera que se requerían inducciones para ejercer la labor, puesto que no podía realizarse si no se explicaba detalladamente, no quiere ello decir que exista subordinación, dado que es un contrato mercantil, y la empresa concesionaria que lo celebra puede monitorear de alguna manera el desarrollo del mismo. Por lo anterior, concluye que la demandada derruyó la presunción del artículo 24 del C.S.T.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El vocero judicial de la ***demandante*** interpuso recurso de apelación frente a la anterior decisión, manifestando que hubo deslegitimación sobre los factores salariales, al restarle importancias a las dotaciones, pago de primas y salarios por productos que no estaban pactados en el contrato mercantil, lo cual representa una violación clara sobre los derechos laborales de la demandante. Refiere que el porte del carnet es la única obligación que tiene un trabajador independiente con contrato mercantil, lo dice el decreto que regula lo mismo y, en este caso, a la actora la obligaban a usar más elementos como las dotaciones, las cuales eran disfrazadas con elementos publicitarios.

Señala que se configuran los elementos del contrato de trabajo y, el *A quo* incurre en un yerro por manifestar que, por la complejidad de la actividad, se deben rendir capacitaciones, cuya interpretación es errada, porque la subordinación sobre la actora aquí se demuestra. Asimismo, la demandante no tenía autonomía técnica ni financiera en la ejecución del contrato, tampoco gozaba de autonomía en la selección y contratación de personal, no podía designar reemplazo ni era propietaria de las herramientas de trabajo. En cuanto a las labores ejercidas los domingos, arguye que es indicativo de subordinación, según lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 13020 de 2007.

Considera que hay una indebida valoración probatoria, toda vez que la accionada no tiene soportes documentales de pago de prima, dotaciones, cumplimiento de horario, porque la prueba idónea es la testimonial. Quedó acreditado en la práctica de pruebas la exigencia del cumplimiento de horario, por lo que la carga para desvirtuarla recae sobre la demandada, de la misma manera, se demostró el pago de primas semestrales disfrazadas con el nombre de “donaciones”. Adicionalmente, se violó la redistribución de la carga de la prueba patronal, debido a que la demandada no desvirtuó la subordinación, tanto su representante legal como su testigo aportado, aceptaron el pago de la mencionada prima y la dependencia de los trabajadores.

Finalmente, concluye que la demandada disfraza el contrato laboral por uno mercantil, violando el artículo 53 de la Constitución Nacional.

IV. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTA INSTANCIA

Mediante auto adiado agosto 25 de 2020, se les corrió traslado a las partes para alegar por escrito. Con intervención de la parte demandada, RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., quien manifestó que la presunción del artículo 24 del C.S.T. fue derruida, no se demostró el cumplimiento obligatorio de horario ni la subordinación. Señala que el contrato mercantil de colocadores de apuestas permanentes independientes es legal, dado que se encuentra dispuesto en la Ley 50 de 1990, Ley 613 de 2001 y el Decreto Reglamentario 1350 de 2003, y que, si bien las mismas funciones pueden darse en contratos laborales o mercantiles, la diferencia radica en que el contrato del segundo no tiene pacto de exclusividad, tal como sucede en el caso concreto. Además de reiterar los argumentos de los alegatos de conclusión ante el *A quo*, asegura que no se practicó cosa contraria a un contrato mercantil.

V. 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 los problemas jurídicos a resolver se ciñen en:

i) Determinar si existió una verdadera relación laboral, entre la

señora Mileine Donado Carvajal y la empresa Red de Servicios de Córdoba S.A.

ii) *De salir avante lo anterior, establecer si la accionante tiene derecho a que la Red de Servicios de Córdoba le cancele el reajuste salarial y las prestaciones sociales, no pagadas durante la relación laboral.*

iii) *Estudiar si la demandante fue despedida sin justa causa; de ser cierto lo anterior, determinar si tiene derecho o no a la indemnización contemplada en el artículo 65 del C.S.T.*

iv) *Establecer la procedencia de la condena solidaria al pago de las sanciones establecidas en los artículos 65 del C.S.T. y el 50 de 1990.*

2. Del contrato de trabajo y su acreditación

Delimitado lo anterior, se hace necesario precisar que el artículo 22 del C.S.T., consagra que el contrato de trabajo es aquel por elcual 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, asimismo, del artículo 23 *ibídem* podemos inferir que este contrato se configura una vez concurran tres elementos esenciales i) la prestación personal del servicio, ii) el salario o remuneración y iii) la continuada dependencia o subordinación, siendo este último el elemento distintivo y diferenciador del contrato de trabajo.

Asimismo, conforme a lo estipulado en el artículo 24 del C.S.T., toda relación de trabajo se presume regida por un contrato de trabajo, por lo que es deber del actor probar que efectivamente prestó sus servicios ante la persona natural o jurídica que fungió como su presunto empleador, mientras que a éste le corresponde desvirtuar que la misma estuvo sujeta a subordinación laboral. Para reforzar lo dicho basta traer a colación lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL1762 de mayo 23 de 2018, en la que expresamente señaló:

"Aquí, es oportuno señalar, como lo hizo el ad quem, que el mencionado artículo 24 del CST dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato laboral, con lo cual al trabajador le basta demostrar la prestación personal del servicio para

que se presuma en su favor la existencia de un vínculo subordinado. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma."

3. De las pruebas recaudadas en el juicio.

En el plenario, fueron absueltos los interrogatorios de parte de la demandante Mileine Donado Carvajal y del representante legal de la accionada RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., junto con los testimonios aportados por ambas partes.

3.1. Interrogatorio de parte.

- Fue absuelto inicialmente el interrogatorio de ***Juan Manuel Miranda Cardona***, quien figura como representante legal de RECORD S.A., sobre lo que nos interesa, indicó que la actora trabajó con la empresa mediante contrato mercantil, que *Amaury Oviedo* y *Vilma Macías* trabajaron allí como administradores de zonas y no exigían horarios a los vendedores con dicho contrato. Señala que, cuando la trabajadora se ausentaba, debía comunicarse con ellos, porque la obligación contractual es tener los puntos de venta abiertos y ello lo exige el departamento, por la problemática del chance ilegal. Afirma que el vendedor con contrato mercantil, por su independencia, es libre de desarrollar una actividad diferente dentro de los puntos de venta, cada producto tiene un pago distinto por sus distintas modalidades de contratación, como por ejemplo los recibos de energía y las recargas virtuales. Sobre la prima semestral, dice que en realidad es un ahorro acumulado y liquidado cada semestre, lo pagan como reconocimiento al trabajo del vendedor, pero aclara que no es una obligación de ellos.

Relata que antes de ingresar, los vendedores son capacitados, pero no reciben dotación, en realidad son identificables por exigencia de la Gobernación, para distinguirse de vendedores ilegales, por ello usan carnet, todos los elementos de trabajo suministrados por la empresa y los locales arrendados por la misma. Refiere que la accionante no podía enviar algún reemplazo, tendría que pasar previamente por la inducción y firmar contrato mercantil, porque el departamento así lo exige.

Manifiesta que no hay diferencias entre las actividades de los vendedores dependientes e independientes, solo las hay en los horarios y remuneración. Finalmente, señala que se hacían reuniones periódicamente, aunque no estaba seguro si eran semanales, esto con el fin de hacerle conocer a los asesores sobre productos, reglas y metas, también se hacían reinducciones, sobre actualizaciones que afectaban el producto.

- Seguidamente, se escuchó la declaración de la demandante ***Mileine Donado,*** quien aseguró haber suscrito un contrato mercantil con la empresa RECORD, cuya comisión devengada era del 10% y el 2% para concepto de primas, la primera se recibía diariamente. Indicó que no podía vender desde un computador distinto al de la empresa, su ingreso a éste era con una clave personal, vendía otros productos como Direct TV, recargas y giros, y nunca se inscribió en la Cámara de Comercio.

3.3. Pruebas testimoniales.

- Posteriormente, se escuchó a la testigo aportada por la demandante, señora ***Salima Donado Carvajal***, quien asegura ser hermana de la actora y que viven juntas, describe su vinculación mediante contrato mercantil y actividad desarrollada. Dice que su hermana estaban obligada a cumplir horario, sino la sacaban, lo sabe porque trabajaba en la misma empresa. Indicó que, al igual que su hermana, recibía órdenes por parte de los jefes *Amaury Oviedo y Vilma Macías*, en cuanto al horario obligatorio, uniformes, presentación y cumplimiento de las normas de la empresa. Afirma que los uniformes fueron dados por la empresa, a través de los mencionados jefes, señaló los productos diferentes a chance vendidos por la actora, como Direct TV, recarga y giros, con ganancias de $100,oo y $50,oo respectivamente; no podía vender otros productos no regulados por la plataforma de la empresa, porque era ilegal y podían despedirla.

Manifiesta que, si no podía ir la actora a trabajar, debía comunicarse con los jefes, sino se perjudicaba porque podían despedirla, tampoco podía designar a un reemplazante que no fuera de la propia empresa. Asimismo, su hermana recibía como prima el 2% de lo que se ganaban,

pagados semestralmente. Refiere que su hermana trabajaba los domingos y, en caso de permiso, debía hablar dos días antes con sus jefes *Amaury Oviedo* y *Vilma Macías*.

- Finalmente, declaró el testigo aportado por la demandada, el señor ***Jesús López Jaraba***, quien asegura ser jefe de ventas de la empresa y manifiesta no conocer personalmente a la actora, solo sabe su información por la base de datos de la accionada. Indica que estuvo vinculada durante 6 años con contrato mercantil de colocación independiente, no se le imponía horario, pero la empresa respeta el horario comercial de oferta, de 7:00am a 9:00pm, en cumplimiento del contrato con la Gobernación; los trabajadores independientes pueden tomar cualquier fracción de ese tiempo, se les paga con comisiones y no reciben dotación, sino elementos publicitarios en su vestimenta para ayudarle a tener mejor ingreso e identificarse como un colocador oficial y legal. Refiere que, si la accionante no iba a trabajar, no recibía comisión y debía informarlo al administrador, tampoco podía llevar algún reemplazante no vinculado a la empresa. Desconoce sobre productos vendidos, no señalados en el contrato de la actora.

Explica que la arquitectura de servidores y telecomunicaciones de la empresa, se construyó en cumplimiento con las instituciones y la ley que regula los juegos de azar. Señala que la diferencia entre colocadores dependientes e independientes radica en que, si bien la actividad es la misma, los primeros tienen en su contrato laboral deberes, derechos y obligaciones, mientras que los segundos no poseen algunos en su contrato mercantil. En cuanto a las primas, indica que su denominación está errada, toda vez que es un regalo semestral equivalente al esfuerzo realizado, entregado por la empresa a los colocadores independientes. Conoce a los jefes mencionados por *Salima Donado* y la actora, pero desconoce reuniones periódicas con los trabajadores independientes, aclara que normalmente se hacían reuniones o socializaciones grupales con los independientes, de manera informativa sobre un tema en específico.

3.3. Atendiendo a los testimonios rendidos y las declaraciones de las partes, esta Colegiatura considera que coincidieron con la prestación

personal del servicio, el contrato mercantil inicialmente suscrito, la asignación del lugar de trabajo y suministro de elementos de trabajo, empero, las discrepancias surgen en cuanto a la subordinación por parte de la demandada sobre la actora, las supuestas primas y el suministro de dotación.

También cabe anotar que, el testigo *Jesús López Jaraba*, manifestó no conocer personalmente a la demandante *Mileine Donado Carvajal* y su fuente se basaba en la base de datos que posee la empresa, lo cual lleva a concluir que no es conocedor directo y fehaciente de los hechos. Por lo anterior, es menester señalar que, acorde con la sentencia proferida por esta Sala, radicado No. 23-660-31-03-001-2018-00149-01 Folio 097 MP. Dr. Cruz Antonio Yánez Arrieta, *"uno de los aspectos más esenciales para la credibilidad del dicho del testigo es la fuente o ciencia de su dicho, de ahí que el juez debe exigir al testigo que exponga la ciencia de su dicho, tal como lo impone el artículo 228, numeral 3°, del CPC, hoy 221, numeral 3°, del CGP. Y, por consiguiente, si dicha ciencia o fuente de conocimiento no está establecida, o si ella lo viene a ser el dicho de la propia parte que se beneficia con lo atestado, o si no es directa, poca convicción infunde"*.

4. Subordinación como elemento esencial de contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta que en la práctica de pruebas no se discutió sobre la prestación personal del servicio, por parte de la demandante a la empresa RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., se procederá a dilucidar si realmente hubo subordinación, pago de primas y suministro de dotación, lo cual constituiría una verdadera relación laboral de ser así, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades. Al respecto, esta Sala de Decisión se ha pronunciado en casos similares al que nos ocupa, contra la misma empresa demandada, como lo es la providencia adiada abril 23 de 2021 con radicación No. 23-466-31-89-001-2019-00019-01 Folio 205, donde con ponencia del Dr. Carmelo Ruiz Villadiego se expuso:

> ***"En cuanto al contrato suscrito por las partes, aunque éste aparece calificado como de índole mercantil y señalando a la demandante como colocadora independiente de apuestas permanentes, no es***

dable reconocerle la eficacia probatoria de derruir la presunción de contrato de trabajo en comentario, a la luz de la jurisprudencia constitucional y laboral.

En efecto, la H. Corte Constitucional en sentencia C-665 de 1998, señaló:

> ***"El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente".***

En similar sentido, se ha pronunciado la H. Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en sentencias SL3795-2020, SL, 17 abr. 2013, rad. 39259 y SL21923-2017. En la última discurrió:

> ***"No podía el operador judicial de primer grado, considerar desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo del simple contenido literal de los mismos, en primer lugar porque ellos son el medio a través del cual se instrumentaliza el encubrimiento de la realidad, lo que obliga a su análisis en contexto con los demás medios de prueba".***

En lo referente al interrogatorio de parte del representante legal de la demandada RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., su dicho solo puede tener relevancia probatoria en cuanto a la afirmación de hechos que perjudiquen a esa parte, más no en los hechos que la favorecen. Con otras palabras, los dichos de parte ofrecen eficacia probatoria cuando comportan confesión y no cuando en hechos que la benefician, «por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba» (vid. Sentencias SL2373-2020, SL4594-2019, STL9684-2018, STL8125-2014 y SL, 19 sep. 2007, Rad. 31177).

Así, pues, todas esas afirmaciones del referido representante legal tendientes a acreditar el carácter independiente de la prestación de los servicios personales de la actora, no tiene eficacia probatoria.

(…)

Ahora, el apoderado de la parte demandada ha venido insistiendo en el planteamiento jurídico, consistente en que el contrato de colocador de apuestas permanentes sólo es laboral si se pacta cláusula de exclusividad, y que, como en el suscrito con la actora no aparece dicha cláusula, razón suficiente, a su juicio, para dar por sentado que se trató de un contrato mercantil. Asimismo, plantea la idea de que, como para la actividad contratada se ha de realizar, a través de un software y en línea con diversas entidades que supervisan o controlan (vr.gr.: Departamento de Córdoba), necesariamente la labor del colocador permanente debe realizarse con equipos de la empresa contratante.

Empiécese por dilucidar lo relativo a la cláusula de exclusividad pactada o no en los contratos de colocadores de apuestas permanentes, concretamente su incidencia para la calificación de laboral o no de tales contratos.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 97-A del CSTYSS, el cual fue incorporado a dicho código por el artículo 13 de la Ley 50 de 1990, preceptúa:

> ***"Los colocadores de apuestas permanentes, al igual que los agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización, podrán tener el carácter de dependientes o***

> ***independientes. Son colocadores de apuestas dependientes los que han celebrado contratos de trabajo para desarrollar esa labor, con una empresa concesionaria. Son colocadores de apuestas independientes las personas que por sus propios medios se dediquen a la promoción o colocación de apuestas permanentes, sin dependencia de una empresa concesionaria, en virtud de un contrato mercantil. En este evento no se podrán pactar cláusulas de exclusividad". Se destaca.***

Pues bien; de la norma en comentario se extrae que, la cláusula de exclusividad no debe ser pactada en los contratos de colocadores de apuestas independientes. Empero, ello no significa ni dicho precepto legal lo dispone, que el contrato de ese agente colocador no será laboral por el sólo hecho de no tener pactado la referida cláusula. Lo que esa cláusula descarta es el contrato mercantil, más la ausencia de la misma no desvirtúa el contrato de trabajo del colocador de apuestas permanentes, si éste realiza su actividad bajo la dependencia o subordinación de la empresa concesionaria, siendo un hecho fundamentalmente indicante de esa dependencia, si la actividad no la realiza con sus propios medios.

En cuanto a que, la sola ausencia de cláusula de exclusividad no desvirtúa el carácter laboral del contrato, el jurista Sandro José Jácome Sánchez ha señalado:

> ***"¿Los contratos de trabajo con agentes independientes siempre requieren de pacto de exclusividad?***
>
> ***El artículo 97 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe para la relación contractual con el agente independiente pactar cláusulas de exclusividad que le impidan contratar con varias compañías dedicadas a este ramo. Lo cual no quiere decir que para que exista una relación con el agente dependiente debe existir un compromiso de exclusividad, ya que dicho compromiso debe nacer del concurso de voluntad de las partes, como tampoco se puede inferir que frente a la ausencia del compromiso de la cláusula de exclusividad se deslegitime la relación laboral contractual, teniendo en cuenta que es válido que un trabajador suscriba contratos de trabajo con dos o más empleadores conforme lo señala el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo.***
>
> ***(…).***
>
> ***(…) los colocadores de apuestas permanentes (…) la ley laboral los clasificó de la misma manera que los agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización, y bajo las mismas consideraciones que estos"[1]. Se destaca.***

A su turno, el jurista Fabián Ignacio Hernández Henríquez, ha expresado:

> ***"(…) y decir que el hecho de la exclusividad implicaría contrato mercantil, tampoco es un elemento que determine la existencia o no de un contrato de trabajo, pues un empleado puede no tener la mencionada cláusula y, aún así, ser trabajador dependiente laboral de un empleador"[2].***

Y, en lo atinente a que, la actora necesariamente debió realizar la

---

[1] JÁCOME SÁNCHEZ, Sandro José y otros. "Compendio teórico práctico de derecho del trabajo". Colegio de abogados del trabajo de Colombia, Primera Edición 2013, Legis, págs. 321 a 322.

[2] HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ, Fabián Ignacio y otros. "Derecho Individual del Trabajo". Primera Edición, 2019, Universidad del Rosario, p.451.

actividad contratada de colocadora de apuestas, con equipos o medios de la empresa, porque la debe ejecutar, a través de un software y en línea con diversas entidades que supervisan o controlan (vr.gr.: Departamento de Córdoba), cabe señalar que, aun aceptando esta afirmación, es decir, dando por sentado que el referido software no pueda ser instalado en computadores propios del agente colocador y realizar de esa forma su actividad en línea con sus propios equipos, como sí es posible en los casos de otros agentes colocadores, por ejemplo, los de SOAT, tal hecho, de ser cierto, no tiene la fuerza de modificar la legislación laboral, para concluir que, entonces, el colocador de apuestas no será dependiente así utilice los medios o equipos de su contratante.

(…)

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia T-761 de 2004 discurrió:

> ***Así las cosas, es claro que la actividad que efectúa el actor de la presente acción se puede ejercer bajo dos modalidades: i) la de colocador de apuestas permanentes dependiente; y ii) la de colocador de apuestas independiente.***
>
> ***Ahora bien, esta última modalidad, que es la que, según el actor mismo, es la que él desempeña, tal y como lo indica el artículo transcrito, se caracteriza por el hecho de que la promoción de ventas se efectúa por los propios medios". Se destaca.***

Así que, la imperiosidad de emplear medios o equipos y locales de la empresa concesionaria, no es motivo para imponer el carácter independiente del agente colocador de apuesta, sino, por el contrario, debe ser mirado como un hecho sustancialmente indicante de su carácter dependiente, máxime cuando en la actualidad se pregona la evolución del concepto o elemento dependencia-subordinación de la relación de trabajo, como consecuencia de las innovaciones tecnológicas, la aparición de nuevas formas de organización de trabajo y de una nueva realidad productiva, de tal suerte que, para predicar la relación de trabajo, la nota de la dependencia no ha de exigirse de forma rígida, sino flexible, para lo cual resulta de suma importancia, más que una jornada laboral explícita, el hecho de si el trabajador ha sido realmente incorporado en la organización de trabajo del empresario que lo contrató, ejerciendo.

En efecto, la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la sentencia SL, 11 feb. 2003, rad. 19013, ha señalado que: «la existencia del convenio de trabajo, porque éste no desaparece cuando las actividades no se ejerzan en una jornada laboral explícita». Y, en el derecho comparado, el Tribunal Supremo Español, en la sentencia STS 2924/2020, recurso 4746/2019, discurrió:

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

(….).

Este Tribunal define la dependencia o subordinación como la integración «en el ámbito de organización y dirección del empresario (es decir, la ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral) […] cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concurra esta nota de la dependencia la "autonomía profesional" imprescindible en determinadas actividades» (sentencia del TS de 19 de febrero de 2014, recurso 3205/2012). La dependencia es la «situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa» (por todas, sentencias del TS de 8 de febrero 2018, recurso 3389/2015; 1 de julio de 2020, recurso 3585/2018; y 2 de julio de 2020, recurso 5121/2018). Es decir, la dependencia o subordinación se manifiesta mediante la integración de los trabajadores en la organización empresarial".

(…).

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

Se suma a lo dicho el hecho que la demandante ejerció su actividad sin una organización empresarial propia, y, en contraste, sí estuvo integrada en la estructura organizativa de la demandada RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA, lo cual es un indicio de laboralidad previsto en el párrafo 13 de la recomendación sobre la relación de trabajo n° 198 de 2006 de la OIT, el que además ha sido acogido por la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4479-2020:

"a modo de doctrina autorizada, conviene recordar que de acuerdo con la Recomendación n.º 198 de la OIT, uno de los indicadores de la relación de trabajo es la «integración del trabajador en la organización de la empresa»".

***(…)"* (Subraya la Sala)**

Acorde a ello, esta Judicatura acoge el criterio citado, por lo que considera a RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A. como verdadera empleadora, toda vez que, a pesar de que sus documentos y declaraciones aportadas buscan demostrar una relación mercantil con la parte actora y su independencia, en el plenario se encontró acreditada la subordinación sobre la demandante, teniendo en cuenta que ella no tenía autonomía, recibía órdenes y capacitaciones, tenía las mismas funciones de los colocadores dependientes y no contaba con una organización empresarial propia, ello se evidencia con el suministro del lugar de trabajo, elementos para desarrollar la actividad y dotación, cuya denominación para ocultar dicha relación laboral fue la de "elementos publicitarios", lo mismo ocurre con las primas semestrales mal llamadas "regalos semestrales".

De la citada sentencia y el *sub examine* se puede extraer que, en ambos

casos, la ausencia cláusula de exclusividad, no genera o derruye una relación laboral, toda vez que, tal como lo señala dicha providencia, del artículo 13 de la Ley 50 de 1990 se extrae que "*la cláusula de exclusividad no debe ser pactada en los contratos de colocadores de apuestas independientes. Empero, ello no significa ni dicho precepto legal lo dispone, que el contrato de ese agente colocador no será laboral por el sólo hecho de no tener pactado la referida cláusula. Lo que esa cláusula descarta es el contrato mercantil, más la ausencia de la misma no desvirtúa el contrato de trabajo del colocador de apuestas permanentes, si éste realiza su actividad bajo la dependencia o subordinación de la empresa concesionaria, siendo un hecho fundamentalmente indicante de esa dependencia, si la actividad no la realiza con sus propios medios.*"

Además, si la normatividad laboral se basa solo en lo escrito, tal como pretende la accionada con la ausencia de cláusula de exclusividad, no habría posibilidad de que una persona demande para que se le reconozca una verdadera relación laboral, por aferrarse a lo formal, puesto que se parte de una realidad distinta a lo pactado, ya sea de manera verbal o escrita, mientras se va en contravía de las normas que regulan un contrato de trabajo y sus elementos.

Por lo expuesto, esta Sala concluye que sí existió relación laboral, entre RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A. y la demandante MILEINE CORDERO CARVAJAL, la cual se extendió desde el día 10 de octubre de 2011 y hasta el 12 de diciembre de 2016, teniendo en cuenta el contenido del contrato mercantil (Folios 9 y 112) y la respuesta en la acción de tutela (Folio 14). Este contrato laboral reconocido, al no tener pactado un término fijo por escrito, se entenderá a término indefinido.

5. Reajuste salarial.

Es necesario mencionar que, en la práctica de pruebas, se demostró que el pago se daba por comisiones sobre las ventas, sin embargo, no se acreditó un promedio, razón por la cual se presumirá que la remuneración de la demandante era el salario mínimo legal mensual vigente. Al no haberse demostrado dicho promedio salarial, esta

Colegiatura negará la pretensión del reajuste salarial.

6. Del despido sin justa causa.

Pretende la parte demandante que se declare la terminación unilateral del contrato sin justa causa y, como consecuencia, se condene al pago de indemnización por despido injusto. Una vez demostrada la relación laboral y la terminación, corresponde al empleador acreditar la justa causa, tal como lo dispone la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia **(SL3317-2020, SL13260-2016, SL16110-2015, SL592-2014; y SL485-2013)**.

Por lo tanto, esta pretensión se concederá junto con la respectiva indemnización, toda vez que la parte demandada aceptó en la contestación que terminó unilateralmente el contrato con la accionante, además, no acreditó algunas de las causales de despido por justa causa consagradas en el C.S.T.

La indemnización por despido sin justa causa se calculará de la siguiente manera:

LIQUIDACIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO					
Desde	Hasta	Años Trabajados	Días a Liquidar	Valor Día de Salario	Valor
10/10/2011	9/10/2012	Primer Año	30	22981,83	689.455
10/10/2012	9/10/2013	Segundo Año	20	22981,83	459.637
10/10/2013	9/10/2014	Primer Año	20	22981,83	459.637
10/10/2014	9/10/2015	Segundo Año	20	22981,83	459.637
10/10/2015	9/10/2016	Primer Año	20	22981,83	459.637
10/10/2016	12/12/2016	Más 63 días	3,5	22981,83	80.436
TOTAL					$ 2.608.438

7. Del pago de prestaciones sociales.

Pretende la actora en la demanda que se le reconozca el pago de las prestaciones sociales y vacaciones, no obstante, en el expediente no hay prueba de tal pago, además, la misma accionada al señalar que la relación fue mercantil, acepta tácitamente que no estuvo a cargo de las acreencias laborales que como empleadora está obligada a cancelar. Si bien se habla de un pago de primas semestrales, no hay soporte de

ello en el plenario, esto con el fin de determinar si fueron canceladas deficitariamente o en debida forma. Por esta razón, se condenará al pago de todas las prestaciones sociales, haciendo la salvedad de que prospera parcialmente la excepción de prescripción en cuanto a las primas, intereses sobre las cesantías y vacaciones. Se calcularán de la siguiente manera:

LIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS				
Desde	Hasta	Salario	Días	Valor
10/10/2011	31/12/2011	535.600	81	120.510
1/01/2012	31/12/2012	566.700	360	566.700
1/01/2013	31/12/2013	589.500	360	589.500
1/01/2014	31/12/2014	616.000	360	616.000
1/01/2015	31/12/2015	644.350	360	644.350
1/01/2016	12/12/2016	689.455	342	654.982
TOTAL				3.192.042

LIQUIDACIÓN DE INTERESES SOBRE CESANTÍAS				
Año	Fecha de Exigibilidad	Cesantías	Días	Valor
Año 2011	1/02/2012	120.510	Prescritas	
Año 2012	1/02/2013	566.700	Prescritas	
Año 2013	1/02/2014	589.500	Prescritas	
Año 2014	1/02/2015	616.000	Prescritas	
Año 2015	1/02/2016	644.350	Prescritas	
Año 2016	13/12/2016	654.982	342	74.668
TOTAL				74.668

LIQUIDACIÓN DE PRIMA DE SERVICIOS				
Desde	Hasta	Salario	Días	Valor
10/10/2011	31/12/2011	535.600	Prescritas	
1/01/2012	31/12/2012	566.700	Prescritas	
1/01/2013	31/12/2013	589.500	Prescritas	
1/01/2014	31/12/2014	616.000	Prescritas	
1/01/2015	31/12/2015	644.350	Prescritas	
1/01/2016	12/12/2016	689.455	342	654.982
TOTAL				654.982

LIQUIDACIÓN DE VACACIONES COMPENSADAS					
Desde	Hasta	Fecha de Exigibilidad	Salario	Días	Valor
10/10/2011	9/10/2012	10/10/2013		Prescritas	
10/10/2012	9/10/2013	10/10/2014		Prescritas	
10/10/2013	9/10/2014	10/10/2015		Prescritas	
10/10/2014	9/10/2015	10/10/2016		360	344.728
10/10/2015	9/10/2016	13/12/2016		360	344.728
10/10/2016	12/12/2016	13/12/2016	689.455	63	120.655
TOTAL					810.110

8. Sanción moratoria y sanción por no pago de cesantías.

Entrando a resolver lo concerniente al pago de la sanción moratoria, contemplada en el artículo 65 del C.S.T., y la sanción por no pago de cesantías, consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es pertinente indicar que en este caso las dos son excluyentes en su reconocimiento. Asimismo, en casos similares al que nos ocupa, esta Colegiatura en providencia con radicado No. 23-001-31-05-002-2018-00415-02 Folio 211, de fecha abril 23 del 2021 con ponencia del Dr. Carmelo del Cristo Ruiz Villadiego, indica:

> ***"Indemnización moratoria del artículo 65 del CST e Indemnización por no consignación de cesantías:***
>
> ***Dado que este tema del contrato laboral o no de agentes colocadores de apuestas permanente con la aquí demandada, ha sido controversial no sólo en el ámbito de este proceso, sino en múltiples procesos que ha tenido este Tribunal la oportunidad de decidir, en la que generalmente se ha establecido la ausencia de la relación laboral, ha de concluirse que, el mensaje judicial a la RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A. sobre el tema, no ha sido claro, y, por ende, no es dable asumir que su proceder ha sido bajo el alero de la mala fe."***

Acogiendo el criterio señalado, esta Judicatura procederá a negar la pretensión del pago de sanción moratoria y sanción por no pago de cesantías, debido a la ausencia de mala fe por parte de la RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A.

9. Solidaridad del Departamento de Córdoba.

En el *sub examine*, no se avizoran hechos ni pruebas que denoten una solidaridad por parte del DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA, solo se limitaron a indicar la existencia del contrato de concesión entre ella y la empresa RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., por lo que esta Judicatura considera infundadas las pretensiones en cuanto a la condena solidaria, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 281 del C.G.P.; por esta razón, se declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y, por ende, se absolverá al DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA de la condena solidaria.

10. Conclusión.

Corolario de lo anterior, esta Sala colige que existió una verdadera relación laboral, entre la señora MILEINE DONADO CARVAJAL y la empresa RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., cuya finalización fue sin justa causa, como consecuencia, la demandante tiene derecho al pago de prestaciones sociales e indemnización por despido injusto a cargo de la accionada, estas condenas serán indexadas tal como se pide en las pretensiones; empero, prospera parcialmente la excepción de prescripción sobre las prestaciones sociales, asimismo, la condena solidaria sobre la GOBERNACIÓN DE CÓRDOBA y el pago de las sanciones contempladas en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, son improcedentes.

Finalmente, debe aclararse que la Sala solamente se pronuncia sobre los conceptos previamente expuestos, toda vez que, en virtud del artículo 50 C.P.T.S.S., las sentencias C-662 de 1998 y C-968 de 2003 de la Corte Constitucional, y los proveídos SL15496-2017 y SL4028-2017 de la Corte Suprema de Justicia, el *ad quem* no tiene la facultad de fallar extra ni ultra petita.

Sin costas en esta instancia, por no haber rèplica del recurso por la parte actora.

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: REVOCAR la sentencia de fecha julio 16 de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, **RADICADO BAJO EL No. 23 466 31 89 001 2019 00020 01 Folio 259** promovido por **MILEINE DONADO CARVAJAL** contra **RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA**

S.A. y el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA.

SEGUNDO. DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción, propuesta por RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., adicionalmente, **DECLARAR PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, invocada por el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA. Asimismo, **DECLARAR NO PROBADAS** las demás excepciones propuestas por las demandadas.

TERCERO. DECLARAR que entre **MILEINE DONADO CARVAJAL** y la empresa **RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A.,** existió un contrato de trabajo a término indefinido, que se extendió desde el día 10 de octubre de 2011 hasta el 12 de diciembre de 2016, el cual fue terminado por parte de la demandada sin justa causa.

CUARTO. Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la empresa **RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A.,** a pagar a la señora **MILEINE DONADO CARVAJAL** los siguientes conceptos:

- **Prima de servicios:** $ 654.892,oo
- **Cesantías:** $ 3.192.042,oo
- **Intereses sobre las cesantías:** $ 74.668.oo
- **Vacaciones:** $ 810.110,oo
- **Indemnización por despido injusto:** $ 2.608.438,oo

Los montos previamente mencionados, se indexarán conforme al IPC, a la fecha en que se paguen los mismos.

QUINTO. Negar el resto de pretensiones invocadas en la demanda.

SEXTO: Sin costas en esta instancia

SÉPTIMO. Oportunamente regrese el expediente a su oficina deorigen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

MARCO TULIO BORJA PARADAS
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 03 003 2018 00411 02 **Folio 268**

A los dieciséis (16) 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, proceden a resolver lo que en derecho corresponda sobre el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **DAIRO LUÍS CARABALLO PEREZ Y JOAQUÍN PABLO SILGADO VERBEL, contra LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S.,** radicado bajo el número 23 001 31 03 003 2018 00411 01 Folio 268**,** 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 sobre el asunto, acogió el proyecto presentado por el Ponente, el cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Los señores DAIRO LUIS CARABALLO PEREZ y JOAQUÍN PABLO SILGADO VERBEL demandaron a la entidad LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S., con la finalidad de que se declare que entre la entidad

demandada y los demandados existió un contrato de trabajo por duración de obra determinada de índole escrita, por ello, solicitan que se declare que fueron despedidos sin justa causa por la empresa accionada, en consecuencia, solicitan se le condene a pagarles el auxilio de cesantías, concepto de intereses cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido injusto, sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST; asimismo, se condene a la empresa demandada al pago de estas pretensiones, por el tiempo que aún falta por terminar la obra. Por último, que todas las anteriores sumas sean debidamente indexadas, se condene ultra y extra petita, así como que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

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

- Aducen los demandantes que fueron contratados por la entidad LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S., mediante contrato de trabajo por duración de obra determinada, con los siguientes extremos temporales y cargos:

- Dairo Luis Caballero Pérez, desde el 11 de octubre de 2016 a 28 de febrero de 2017, como técnico de salud ocupacional y calidad.

- Joaquín Pablo Silgado Verbel, desde el 15 de febrero de 2016 a 28 de febrero de 2017, como técnico de MDF.

- Señalan que dicha relación laboral, se dio de forma continua e ininterrumpida, sin solución de continuidad; utilizando elementos de propiedad de la empresa demandada.

- Afirman que laboraban en las dependencias o lugares que eran indicados por su superior en el Departamento de Córdoba, siendo la última parte en la ciudad de Montería; cumpliendo un horario laboral de lunes a viernes de 8:00 AM a 12:00 M y de 2:00 PM a 6:00 PM y los sábados de 8:00 AM a 12:00 M; y devengaban, el señor Dairo Caballero

un salario de $912.136,oo y el señor Joaquín Silgado un salario de $737.717,oo.

- Señalan que la obra labor que desempeñaban, era la ejecución de contrato celebrado entre LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S. con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P., el día 28 de febrero de 2017, les dieron por terminado sus contratos laborales, dado que se había terminado el contrato suscrito entre las dos entidades anteriormente mencionadas.

- Aseguran que el contrato entre LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S. con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P., aún no ha finalizado, por tanto, la obra o labor para la cual fueron contratados los demandantes aún existe, y según éstos, está siendo ejecutada por nuevos trabajadores, por lo que alegan están frente a un despido sin justa causa, ya que la obra labor determinada, aún no ha llegado a su fin.

- Relatan que a través de apoderado, elevaron derecho de petición ante la empresa accionada, con el fin que se les entregara copia de los contratos suscritos entre LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S. con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P., y así poder verificar la terminación o continuación del mismo; seguidamente, en contestación realizada por la accionada el 13 de junio de 2018, no accedieron a entregar la documentación solicitada, alegando que los mismos gozan de reserva.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la entidad demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones, alegando que la obra o labor para la cual fueron contratados los demandantes culminó, siendo esta justa causa para la terminación de los contratos de trabajo, además, alega que al finalizar el contrato de trabajo a los demandantes, se les cancelaron todas sus prestaciones laborales; respecto a los hechos dieron por ciertos unos y no ser ciertos otros, por último propuso como excepciones de fondo las siguientes: *“terminación del contrato por finalización de la obra o labor contratada, inexistencia*

de las obligaciones, falta de causa, cobro de lo no debido, prescripción, genéricas"

II. FALLO APELADO

Mediante proveído de fecha julio 27 de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, declaró que entre los señores JOAQUÍN SILGADO VERBEL y DAIRO LUIS CARABALLO PEREZ en calidad de trabajadores y la parte demandada LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S. como empleador, se desarrolló una relación laboral bajo la modalidad del contrato de trabajo por la duración de la obra o labor, que inició los días 15 de febrero de 2016 y 11 de octubre de 2016, respectivamente y finalizó para ambos, el día 28 de febrero de 2017 de manera justa; también declaró la prosperidad de los medios exceptivos de mérito denominados *"terminación del contrato de trabajo por la finalización de la obra o labor contratada, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido",* motivo por el cual, absolvió a la parte demandada de todas las pretensiones incoadas por la parte demandante, condenando en costas a los demandantes.

La anterior decisión es tomada por la *A quo*, alegando que los medios probatorios fueron suficientes para demostrar la existencia de la relación laboral y los extremos temporales de las mismas, por lo que es claro para ese despacho, que esa relación laboral terminó el 28 de febrero de 2017, la cual es la misma fecha de terminación de la relación contractual entre LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P.; aportando la demandada, acta de cesión y de cierre, lo que demostró en sí mismo la terminación de la relación contractual anteriormente mencionada, lo que como consecuencia hiciera que salieran avante las excepciones presentadas por la demandada, ya que según la Juez de Primera Instancia, se observa en los contratos laborales aportodos por la parte demandante, que eran de naturaleza de obra o labor, y que en los mismos quedaba fijado que al terminarse la relación contractual con la entidad

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P., terminaban dichos contratos de trabajo; además, el testigo de referencia Juan Fernando Pineda, el cual se encontraba en las mismas condiciones de los demandantes, fue despedido para la misma fecha el día 28 de febrero de 2017, pero fue recontratado por la entidad LITEYCA en junio de ese mismo año, con el mismo sueldo y cargo, por lo que le da a entender a la jueza a quo que, los alegatos de la parte actora se tornaron en injustos.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada judicial de la parte ***demandante*** interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando que se revoquen todos los puntos del fallo, ya que como se indicó en los alegatos, se demostró con las pruebas testimoniales que la obra por la cual fueron contratados los demandantes, continuó después del 28 de febrero de 2017; expone que el testigo Juan Fernando Pineda se encuentra laborando bajo el mismo cargo y con el mismo salario desde que la empresa demandada LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S. llegó a Colombia, por lo que deja entre ver que la entidad demandada aún tiene contrato con la entidad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P. En cuanto al acta de liquidación, expone cierta anomalía, ya que el acta de finalización que fue aportada por la entidad demandada, no se encontraba firmada, y el acta aportada por la entidad requerida COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P., después de varios requerimientos, si se encontraba firmada.

IV. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTA INSTANCIA

Mediante proveído adiado 17 de agosto hogaño, se les corrió traslado a las partes para alegar por escrito, con intervención del apoderado judicial de la parte demandante y la parte demandada.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *Del recurso de apelación.*

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

2. Problema jurídico

Es competencia de esta Sala verificar si erró la *A quo,* al absolver a la empresa accionada LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S., de las pretensiones invocadas, al considerar por finalizado el contrato entre LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

3. Aspectos que no son objeto de reproche

Partimos por indicar que, en el plenario, no es objeto de reproche y se mantiene incólume de la sentencia de primera instancia, que entre los señores JOAQUÍN SILGADO VERBEL y DAIRO LUÍS CARABALLO PÉREZ, en calidad de trabajadores y la parte demandada LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S., como empleador, se desarrolló una relación laboral bajo la modalidad del contrato de trabajo por la duración de la obra o labor, que inició los días 15 de febrero y 11 de octubre de 2016, respetivamente, y finalizó para ambos, el día 28 de febrero de 2017.

4. De las pruebas recaudadas en el plenario

El testigo ***Juan Fernando Pineda Rincón***, señala que no conoce a los demandantes, pues eran más de 400 personas contratadas, afirma que es jefe de compras de la compañía accionada, y estuvo vinculado inicialmente a ella por contrato de obra y labor, desde el 15 de febrero de 2016 hasta el día 28 de febrero de 2017, cuando terminó la obra; no

obstante, relata que a LITEYCA le asignaron un nuevo contrato que es en el que están actualmente, y en el que volvió a ser vinculado en junio de 2017, en el mismo cargo y con las mismas funciones.

El testigo ***Humberto Payares Hoyos***, el cual a voces de esta Sala no fue muy claro y preciso al momento de rendir su testimonio, ya que entre otras cosas, se observó que el testigo afirma que muchos de sus compañeros, después de la fecha de despido la cual argumenta fue en febrero de 2017, continuaban laborando en un horario de 7 am a 12 pm y de 2 pm a 6 pm en sus mismos puestos y con sus mismos salarios; afirmación que es desvirtuada por él mismo, cuando le preguntan qué se encuentra haciendo actualmente, a lo que responde que es celador en un comercio cerca a las oficinas de LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S. Sede Montería, desde las 6 pm hasta las 6 am, y que en el día se dedica a otras cosas en su hogar, dando a entender que sus afirmaciones carecen de validez, ya que su horario laboral no coincide con los de sus compañeros. Además, aduce otras afirmaciones las cuales no tienen validez alguna para demostrar que la obra o labor no había terminado, dado que menciona a otros trabajadores, pero de los cuales no conoce ni su salario, ni la modalidad en que se encontraban contratados.

5. Del contrato de trabajo.

En términos generales, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., es decir, la carga de la prueba corresponde a la parte que alega un hecho para deducir derechos. A la vez, el interesado en que se desconozcan esos derechos, debe aportar la prueba del hecho impeditivo, modificatorio o extintivo. En ese sentido, la controversia está en si realmente finalizó o no el contrato llevado a cabo entre LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P.

De las pruebas aportadas en el plenario y de lo afirmado por las partes, encontramos los contratos de trabajo de los demandantes (folio 13 al

28), en los que consta que entre éstas existió un contrato de obra por duración de una labor determinada, en cumplimiento del contrato Nro. 71.1-0921.2010 que surgió entre la empresa accionada LITEYCA DE COLOMBIA SAS y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.; ahora bien, a los demandantes le pasaron su carta de despido por la terminación de la labor u obra determinada, la cual, como ya se dijo, estaba sujeta a la terminación del contrato entre LITEYCA DE COLOMBIA SAS y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

Esta Sala observa además la prueba aportada por la entidad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A., donde muestra que efectivamente dicho contrato Nro. 71.1-0921.2010 tenía como fecha de finalización el 28 de febrero de 2017, fecha en la que se dieron por terminados los contratos de trabajo bajo la modalidad de obra o labor a los demandantes, lo que nos da luces a concluir que la terminación de los contratos de los demandantes, tuvo como justa causa la finalización del contrato aludido, por haberse celebrado los mismos, bajo la figura de obra o labor determinada.

Aunado a ello, encontramos que las pruebas testimoniales también corroboran que la terminación del contrato de obra o labor fue por justa causa, pues al testigo Juan Fernando Pineda, quien también estuvo vinculado en la empresa, se le dio por terminado su contrato el mismo día 28 de febrero de 2017, y que luego, cuando la empresa accionada suscribió nuevo contrato con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P., fue recontratado para el mes de junio del año 2017, en el mismo cargo y con las mismas funciones; dándole más solidez a esta Sala para determinar que la entidad demandada terminó con justa causa a todos sus trabajadores los contratos de trabajo, al terminar la obra, y que tiempo después, cuando suscribió nuevo contrato con la entidad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., volvió a contratar a los trabajadores que consideró necesarios para cumplir su objeto social.

Así las cosas, la pretensión de los demandantes, que se le cancelen indemnización por despido sin justa causa, no tiene prosperidad, pues

nos encontramos frente a un contrato por duración de la obra, tal y como se señaló anteriormente, y la misma finalizó el día que le dieron por terminados sus contratos de trabajo; por tanto, no se puede deducir un despido sin justa causa, pues el contrato solo se mantiene, mientras perdura la tarea encomendada, por tanto al momento de darse por terminado el contrato Nro. 71.1-0921.2010 suscrito entre LITEYCA DE COLOMBIA SAS y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., el contrato laboral entre las partes se extingue, lo que además constituye una causa legal de terminación de éste, de conformidad con lo prescrito en el artículo 61 literal d) del C.S.T, subrogado por el artículo 5º de la ley 50/90.

Conforme a lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia, sin imposición de costas en esta instancia.

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,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 27 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **DAIRO LUIS CARABALLO PEREZ Y JOAQUÍN PABLO SILGADO VERBEL,** contra **LITEYCA DE COLOMBIA S.A.S.,** radicado bajo el número **23 001 31 03 003 2018 00411 01 Folio 268.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado