

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**Elver Naranjo**

**Magistrado sustanciador**

Cúcuta, 31 de julio de dos mil veinte (2020)

**1o. ASUNTO**

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 16 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54001-31-05-001-2015-00156-01, promovido por **Antonio López** contra la **Compañía Nacional de Chocolates S.A.S. y Colpensiones**.

**2o. ANTECEDENTES**

**DEMANDA:** Depreca la activa se ordene a la **Compañía Nacional de Chocolates S.A.S.** reconocer y pagar los aportes y cotizaciones dejados de cancelar al sistema de seguridad social integral en pensión, en el período del 01 de enero de 1956 al 01 de enero de 1967 y en virtud de esto, se condene al ISS a reliquidar la pensión de vejez otorgada teniendo en cuenta dicho lapso. Así mismo, se ordene la indexación de la primera mesada a partir del 17 de mayo de 1989 y se cancelen las diferencias generadas hasta el momento en el que le fue reconocida la pensión de vejez por parte de ISS hoy Colpensiones.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 17 de mayo de 1934 **2) Que** laboró para la Compañía Nacional de Chocolates S.A.S. desde **el 30 de enero de 1956 al 31 de julio de 1976** **3) Que** al cumplir 20 años de servicios y 55 de edad fue pensionado por jubilación (**04 de septiembre de 1989**), con una mesada de \$32.560 (salario mínimo legal), indicándose que el salario promedio del último año de servicios correspondió a \$12.165 **4) Que** de acuerdo a la tasa pensional su mesada a septiembre de 1989 debió corresponder a \$147.948, luego de ser debidamente indexada **5) Que** el 1 de abril de 2001 a través de Resolución No. 318 de abril de 2002 fue pensionado por vejez, sin que su empleador pasara a cubrir un mayor valor, al corresponder la mesada al salario mínimo legal vigente. **6) Que** su empleador no le realizó los aportes a pensión del 1 de enero de 1956 al 1 de enero de 1967, al no estar afiliado al sistema de seguridad social durante este término. **7) Que** según el reporte de semanas expedido por el ISS, la Compañía Nacional de Chocolates S.A.S., cotizó entre el 1 de enero de 1967 y el 31 de julio de 1976 un equivalente a 500 semanas y del 28 de agosto de 1989 al 31 de marzo de 2001 582 septenarios, para un total de 1,082.43.

**CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:** la **Compañía Nacional de Chocolates S.A.S.**, se opuso a lo pedido. Indicó que cumplió con sus obligaciones legales. Menciona que es cierto que el demandante entre el 1 de enero de 1956 al 1 de enero de 1967, no estuvo afiliado al sistema integral de seguridad social, no por omisión, sino por una imposibilidad legal, pues, el Instituto de Seguros Sociales no había entrado a operar como un fondo administrador de los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Sostuvo que una vez nació la obligación de afiliarse al sistema de seguridad social, lo hizo con el demandante, esto es para el 1 de enero de 1967. Dice que se le reconoció una pensión de jubilación, cuando cumplió con los 20 de servicios, en donde se le tomó como base salarial el promedio de lo devengado en el último año de servicios, aplicando una tasa de reemplazo del 75% y que se le continuó

cotizando al ISS hasta completar los requisitos para adquirir la pensión de vejez que debía ser reconocida por el ISS y que de haber diferencia estaba obligado a cancelar el mayor valor, situación que no se presentó en el caso concreto. Concluyó que no le asiste derecho al actor en la medida en que, cumplió con todas las obligaciones legales que tenía a su cargo, esto es, reconocer una pensión de jubilación de conformidad con el art. 260 del C.S.T. y continuar cotizando al ISS para luego subrogar la obligación, no debiendo entonces suma alguna por reliquidación pensional y aportes a la seguridad social. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, compensación, prescripción, buena fe, allanamiento a la mora por parte del ISS hoy Colpensiones y la genérica.

Colpensiones frente a los hechos manifestó no constarle, en la medida en que, corresponde a un tercero negarlo o afirmarlo. Sostiene que es cierto que el demandante presentó solicitud para que le cobrara a la Compañía Nacional de Chocolates los aportes correspondientes a enero de 1956 a enero de 1967. Respecto de las peticiones se opuso a ellas, en la medida en que, cumplió con su obligación legal de reconocer una pensión de vejez de conformidad con el acuerdo 049 de 1990, es decir bajo el régimen de transición. Concluye que la reliquidación deprecada se pretende respecto de la pensión de jubilación reconocida por su empleador, Compañía Nacional de Chocolates S.A.S., a la cual no es posible efectuarle cobro alguno frente a un periodo en el cual no existía la obligación de afiliar a los trabajadores al sistema de seguridad social en pensión. Propuso las excepciones de: prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y la genérica.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:** El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 16 de noviembre de 2018, encontró parcialmente próspera la excepción de prescripción y no probadas las restantes.

Declaró que entre el demandante y la Compañía Nacional de Chocolates S.A.S. existió un contrato de trabajo del 30 de enero de 1956 al 31 de julio de 1976, durante el cual no se cancelaron los aportes a la seguridad social del 30 de enero de 1956 al 31 de diciembre de 1966, razón por la cual condenó a su pago. También a la diferencia generada de la reliquidación de los aportes de pensión del demandante para el período 9 de 1989 al 3 de 2001, tomando como base el salario real, el que para septiembre de 1989 equivalía a \$146.202. Ordenó a Colpensiones una vez se cancele el cálculo actuarial y las diferencias de los aportes pensionales del período 9 de 1989 al 3 de 2001, reliquide la pensión de vejez del deprecante. Dispuso igualmente que una vez efectuada la reliquidación correspondiente, la Compañía Nacional de Chocolates S.A.S., cancele las diferencias existentes si a ello hubiere lugar.

Para arribar a tal decisión se apoyó en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral bajo radicado 39.914 del 2012, SL 27475 de 2006, artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, art. 76 de la ley 90 de 1946, y artículo 12 de la Ley 6 de 1945. Consideró que para la época en que el demandante prestó sus servicios a la pasiva, no se avizoraba la existencia de la Ley 100 de 1993, ni la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al sistema integral de seguridad social, pero, que sí tenía la obligación legal de aprovisionar los recursos para garantizar el derecho pensional de sus trabajadores, razón por la cual estimó que la Compañía Nacional de Chocolates debía cancelar los aportes de ese lapso en el cual no hubo cobertura del ISS, pues, en el mismo estuvo a cargo suyo tal responsabilidad. Así dijo: *“no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho”*. Frente a la reliquidación de los aportes a pensión del 09 de 1989 al 03 de 2001, estimó que no fueron realizados por el valor real al que correspondía la pensión de jubilación, ya que, para 1989 esta equivalía a \$146.202,50 y no al

salario mínimo legal vigente para la época (\$33.560), como lo determinó el empleador, sin la indexación del salario devengado durante el último año, esto es llevarlo a valor real de 1976 a 1989, año en el que efectivamente el actor cumplió con los requisitos legales para acceder a la pensión de jubilación.

**RECURSOS DE APELACIÓN.** La Compañía Nacional de Chocolates S.A.S., impugnó la decisión pidiendo su revocatoria. Indicó que evaluar situaciones jurídicas de hace más de 40 o 50 años, es darle a las normas un carácter de retrospectividad. Dice que tampoco es posible que se aplique la jurisprudencia a periodos anteriores como es el de 1956 a 1966. Sostiene que el análisis debe ceñirse a las normas que se aplicaban en ese momento y que a la Constitución de 1991 no puede dársele un efecto retroactivo frente a los reajustes pensionales. Sostiene que la jurisprudencia citada por el *a quo* para condenar al pago del cálculo actuarial no es aplicable al caso, en la medida en que, en su calidad de empleador no se sustrajo de realizar el aporte necesario para el establecimiento de la base económica de la pensión del trabajador, ya que, le otorgó una pensión de jubilación, y, el tiempo reclamado, fue tenido en cuenta para establecimiento de la misma y continuó cotizándole al ISS para luego subrogarse de tal obligación y asumir un mayor valor si lo hubiere. Dice que mantener esa condena implicaría un doble pago. Alude que la tesis planteada por la primera instancia es aplicable en los casos en los cuales los trabajadores tenían menos de diez años al momento en que inició la cobertura del ISS, en donde el empleador aprovisionó esos recursos y debe aportarlos al sistema para que se le reconozca la pensión de vejez al trabajador. Estima que no hay lugar a la reliquidación ordenada, en la medida en que, para la pensión de jubilación que le fue otorgada se tuvo como base salarial el promedio de lo devengado en el último año de servicios, aplicando una tasa de reemplazo del 75%, tal como lo determinó el art. 260 del C.S.T. vigente para la época.

Colpensiones interpuso recurso de apelación, sosteniendo: *“me opongo a la sentencia proferida en cuanto a la condena en costas, por cuanto la Administradora Colombiana de Pensiones sería la pasiva en este proceso. Es pertinente indicar que está en cabeza del empleador la obligación de efectuar los aportes al sistema general de pensiones, teniendo en cuenta el salario que efectivamente devenguen sus empleados dentro de los plazos y condiciones que determina la norma en mención. Por tanto, una vez el señor juez declare la existencia de la relación laboral entre el demandante y la Compañía Nacional de Chocolates por el periodo solicitado Colpensiones procederá a realizar el correspondiente cálculo actuarial”*.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Antonio López Arango** manifiesta que no existe alguna razón válida para sostener que el derecho a la actualización de la mesada pensional sea predicable solo para determinadas categorías de pensionados cuando todos se encuentran en la misma situación, siendo un derecho universal que debe ser garantizado. Dice que la Compañía Nacional de Chocolates omitió hacer los provisionamientos dinerarios por su tiempo laborado al pasarlo al ISS conforme a la Ley 90 de 1946 y además realiza una interpretación diferente a la norma, lucrándose de manera flagrante de los dineros a los que tenía derecho, al concederle una pensión transitoria de jubilación, tomando como base un salario mínimo y no los 7.80 a los que tenía derecho. Solicita confirmar la decisión de primera instancia.

La Compañía Nacional De Chocolates S.A. insiste en los argumentos esgrimidos en la apelación. Manifiesta que no se le debe imponer condena por concepto de indexación de salario o mesada pensional, argumentando que esto no fue objeto de discusión en el proceso, seguidamente sostiene que las pensiones de jubilación no son objeto de indexación si fueron reconocidas con antelación a la expedición de la Ley 100 de 1993, y en consideración a que ese aspecto no fue

acordado por las partes en el contrato de jubilación, se estaría vulnerando el principio de autonomía de la voluntad que les asistió en el momento de otorgar la mencionada prestación a favor de la activa, en cumplimiento de las normas vigentes para el momento de la causación de la obligación a su cargo. Solicita revocar la sentencia proferida por el juzgado de primera instancia y en su lugar se declaren probadas las excepciones propuestas.

COLPENSIONES manifiesta no encontrarse obligada a reconocer y pagar la pretensión incoada, que está en cabeza del empleador la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta el salario que devenguen sus trabajadores dentro de los plazos y condiciones determinadas por la norma, por ello una vez se declare la existencia de la relación laboral entre la activa y la Compañía Nacional de Chocolates por el periodo solicitado, procederá a ejecutar el cálculo actuarial correspondiente y una vez efectuado su pago, de ser el caso, se estudiará la reliquidación de la prestación, por ello no es procedente lo pretendido por la activa. Indica que se ha desempeñado dentro de los parámetros legales que permiten conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho, por lo que no está conforme con la condena en costas. En esos términos, solicita se revoque la decisión y se absuelva de las pretensiones.

### 3o. CONSIDERACIONES

A partir de la apelaciones, las cuestiones que deben dilucidarse son: i. si **La Compañía Nacional de Chocolates S.A.S**, tiene o no la obligación de sufragar a favor del demandante los aportes a pensión por el tiempo servido del 30 de enero de 1956 al 31 de diciembre de 1966, cuando no había cobertura del ISS para afiliarse a los trabajadores. ii. Sí es procedente o no la reliquidación de la pensión de jubilación otorgada por la mencionada sociedad al actor. iii. Si es viable o no la condena en costas impuesta a Colpensiones.

No es objeto de debate que el demandante prestó sus servicios a la Compañía Nacional de Chocolates S.A.S., en el período que va del 30 de enero de 1956 al 31 de julio de 1976, y que el salario promedio percibido durante el último año de servicios ascendía a \$12.165. Así lo deja ver el documento visible a folios 5 y 6 denominado “*contrato de jubilación*”, siendo aceptado además por la persona moral al dar contestación al hecho primero del libelo genitor. Tampoco hay duda de que la empresa en mención le reconoció y pago al actor una pensión de jubilación a partir del 17 de mayo de 1989, en cuantía de salario mínimo legal vigente para la época, esto es \$33.560, como consta en el denominado “*contrato de jubilación*”. Finalmente, que el demandante el 01 de abril de 2001 a través de Resolución No. 318 de abril de 2002 fue pensionado por vejez a partir del 01 de abril de 2001, sin que su empleador pasara a cubrir un mayor valor, al corresponder la mesada al salario mínimo legal vigente (fls. 12).

A partir de la Ley 90 de 1946, la cual es considerada como génesis de la seguridad social en Colombia, se instituyó el seguro social obligatorio para la protección de todos los individuos, nacionales y extranjeros, que prestaran sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje. Para su manejo se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Este cuerpo legal en su artículo 76, estipuló que el seguro de vejez reemplazaría la pensión de jubilación a cargo del empleador, de manera gradual hasta que el Instituto de Seguros Sociales subrogará definitivamente el pago de las pensiones. Esto acorde con la financiación tripartita en la que participaban trabajadores, empleadores y el Estado<sup>1</sup>.

Como se indicó la cobertura del ISS fue gradual, siendo esta la razón por la cual el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 259 consagró de manera

---

<sup>1</sup> Universidad ICESI “Responsabilidad del empleador por aportes pensionales cuando el I.S.S. no tenía cobertura del riesgo de vejez.

temporal, el pago de la pensión de jubilación en cabeza del empleador, hasta que el riesgo fuera asumido por el Instituto del Seguro Social. Dice la norma: *“Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.”*

En el mismo orden de ideas el artículo 260 ibídem, previó que el trabajador que hubiere laborado para una misma compañía con un capital igual o superior a \$800.000, que haya cumplido 50 años de edad si es mujer, o 55 años si es hombre, y acredite 20 años de servicios continuos o discontinuos *“tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio”*.

Luego el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, desarrolló las previsiones de los referidos artículos 259 del C.S.T. y 76 de la ley 90 de 1946. Así, en su artículo 60 contempló la situación especial de transición de la pensión a cargo del empleador y luego a cargo del I.S.S., disponiendo que los trabajadores que llevaran más de 10 años de servicios en una misma empresa, debían ser pensionados por su patrono cuando completaran los requisitos necesarios de jubilación. De esta manera, el dador de laborío debía pagar integralmente la pensión, pero continuaría con las cotizaciones al I.S.S. hasta cuando el operario cumpliera con los requisitos mínimos exigidos para la pensión de vejez y el Instituto comenzara a pagarla. A partir de ese momento la obligación del empleador se reducía a pagar la diferencia que llegaré a existir entre las dos pensiones<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Universidad ICESI “Responsabilidad del empleador por aportes pensionales cuando el I.S.S. no tenía cobertura del riesgo de vejez”.

Por manera que, cuando al amparo de estos parámetros se llega al caso presente y se tiene que el demandante prestó sus servicios a la Compañía Nacional de Chocolates desde el 30 de enero de 1956 hasta el 31 de julio de 1976. Que entre el inicio de la relación laboral y el 31 de diciembre de 1966, aún no había cobertura del ISS para afiliar a los trabajadores y, que la sociedad le reconoció el 17 de mayo de 1989 una pensión de jubilación ( folios 5 a 7), y continuó aportando al sistema general de pensiones ante el ISS, es claro que no está el empleador en la obligación de cancelar los aportes a pensión reclamados, esto es, del 30 de enero de 1956 al 31 de diciembre de 1966, en la medida en que, tal periodo fue tenido en cuenta para otorgar la pensión de jubilación aludida.

En otras palabras, el tiempo durante el cual el demandante efectivamente le prestó el servicio a su empleador, fue integrado o tenido presente para alcanzar el requerido para acceder a la pensión de jubilación (20 años) (art. 260 del C.S.T.) Además, luego del reconocimiento pensional, el empleador le continuó cotizando al Sistema General de Pensiones hasta completar los requisitos de la pensión de vejez que le fue otorgada por el ISS en el 2001.

Así las cosas, el actuar de la Compañía Nacional de Chocolates S.A.S., se ajustó a la legalidad del tema para ese entonces, esto es, lo preceptuado en el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, que en su artículo 60 contempló la situación especial de transición de la pensión a cargo del empleador y luego a cargo del I.S.S., disponiendo que los trabajadores que llevaran más de 10 años de servicios en una misma empresa, debían ser pensionados por su patrono (hoy empleador) cuando completaran los requisitos necesarios de jubilación. Valga decir, el riesgo de vejez no fue subrogado de manera inmediata al ISS.

En conclusión, la Compañía Nacional de Chocolates S.A.S., no está obligada a cancelar un cálculo actuarial al ISS, por cuanto producto en parte de ese aprovisionamiento de recursos que efectuó en el periodo reclamado, esto es, 30 de enero de 1956 al 31 de diciembre de 1966, reconoció al trabajador una pensión de jubilación.

De esta manera, en desacertado deviene el entendimiento del *a quo*, al estimar que al ex empleador le asistía la obligación de cancelar los aportes a pensión que no se efectuaron ante la falta de cobertura del ISS, a partir de la regla planteada por la Sala Laboral en múltiples sentencias, consistente en: *“si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho. Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los períodos laborados por el trabajador”*, en la medida en que, tal postura aplica para aquellos casos en donde el trabajador se le desconocieron los períodos en los cuales prestó sus servicios, pero, no se efectuaron aportes al sistema general de pensiones ante la falta de cobertura del ISS, viéndose así obstaculizado su derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación o de vejez, al no alcanzar las semanas requeridas, lo cual no sucede en el sub-analíse, pues, al actor como se mencionó le fue reconocida una pensión de jubilación y posteriormente una pensión de vejez, momento este último en donde el empleador subrogó su obligación, dando cumplimiento estricto a la normatividad que en su momento reguló el tránsito legal en cuanto al derecho pensional.

.

En virtud de lo antedicho, se revocará la decisión de primera instancia en cuanto a este apartado y en su lugar se absolverá a la Compañía Nacional de Chocolates S.A.S del pago correspondiente para cubrir las cotizaciones de los períodos comprendidos entre el 30 de enero de 1956 y 31 de diciembre de 1966, dando prosperidad de manera parcial a las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido.

**De la Reliquidación de los aportes que la Compañía Nacional de Chocolates, efectuó entre el 09 de 1989 (data de reconocimiento de pensión de jubilación) y el 03 de 2001 (fecha de reconocimiento de la pensión de vejez).**

Como se recuerda, el actor aduce que de conformidad con *“el contrato de jubilación”*, el salario promedio devengado durante su último año de servicios, esto es 1976, fue de \$12.165, equivalente a 7.80 salarios mínimos legales vigentes para la época y que al momento en que le fue reconocida la pensión, esto es 17 de mayo de 1989, su medada pensional fue fijada en un salario mínimo legal vigente, pues no se le indexó lo devengado para 1976, correspondiendo en realidad su primera mesada a \$147.948. La Compañía Nacional de Chocolates, considera por su parte que no hay lugar a la reliquidación deprecada, en la medida en que en la pensión de jubilación que le fue otorgada al demandante se tuvo como base salarial el promedio de lo devengado en el último año de servicios, aplicando una tasa de reemplazo del 75%, tal como lo determinó el art. 260 del C.S.T. vigente para la época.

Analizados los argumentos esgrimidos por los litigantes, el juez de primera instancia consideró que había lugar al pago de las diferencias generadas en los aportes a pensión que efectuó la Compañía Nacional de Chocolates a favor del demandante para el período 9 de 1989 (data de reconocimiento de pensión de

jubilación) y el 03 de 2001 (fecha de reconocimiento de la pensión de vejez), en la medida en que los mismos se hicieron tomando la base salarial de \$33.560 y no sobre el valor real que debía calcularse su mesada pensional, esto es \$146.202,50. Explicó que comoquiera que el promedio de devengado en el último año por el trabajador (1976) correspondió a \$12.165, dicho salario al ser actualizado a 1989, data en la cual se pensionó correspondía a \$194.936, el cual al aplicarle una tasa de reemplazo del 75%, equivalía a una mesada pensional de \$146.202, 50, y no \$33.560 como lo había reconocido el empleador.

Así las cosas, la discusión se centra determinar si hay o no lugar a reliquidar los aportes pensionales en el período del 09 de 1989 al 03 de 2001. Ahora bien, comoquiera que la reliquidación referida y que fue objeto de condena en la primera instancia, tiene fundamento en la indexación de la primera mesada del demandante, necesario resulta estudiar previamente tal, bajo este entendido.

La indexación ha sido definida como un *“sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.”*<sup>3</sup>. La actualización monetaria del valor de la primera mesada pensional, busca prever el detrimento que el transcurso del tiempo puede generar en la cantidad que sirve de base para liquidar la primera mesada cuando ella no concurre simultáneamente con la terminación del contrato.

Ahora, la indexación de la primera mesada ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como un derecho superior del cual gozan los pensionados para que el valor de su mesada no pierda el poder adquisitivo y como

---

<sup>3</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, loc. cit., p. 25.

una garantía al mínimo vital y móvil por cuanto evita un detrimento del patrimonio económico de las personas que gozan de una pensión, las cuales forman parte de la tercera edad, grupo que debe ser especialmente protegido de acuerdo a lo consignado en la Carta Magna.

Haciendo un recuento histórico sobre el tema se tiene que la Corte Constitucional en la sentencia SU-120 de 2003, estudió el tema de la indexación de la primera mesada pensional, señalando que calcular el monto de la mesada pensional con base en un ingreso que el trabajador percibió años antes del momento en que le fue reconocida la pensión, contraría el mandato superior de equidad, el derecho de percibir una pensión mínima vital calculada teniendo en cuenta los fenómenos inflacionarios y la consecuente pérdida de poder adquisitivo del dinero.

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 20 de abril de 2007, Rad. 29470, dejó sentado que la indexación de la primera mesada procedía respecto de pensiones reconocidas a partir de la Constitución Política del año de 1991. Igualmente, sostuvo que no resultaba procedente la actualización del salario base de liquidación de pensiones convencionales. Este criterio fue rectificado en la sentencia CSJ SL, 31 Jul 2007, Rad. 29022, donde extendió la indexación a las pensiones extralegales y, con tales fines, reiteró que la fuente de dicho derecho estaba dada en los principios de la Constitución Política de 1991, plasmados en los artículos 48 y 53. Más adelante, mediante sentencia fechada el 16 de octubre de 2013, radicado No. 47709 modificó el criterio que hasta el momento había sostenido (Según el cual la indexación de la primera mesada pensional procedía en los casos de las pensiones concedidas bajo la promulgación de la Constitución Política de 1991, esto es a partir del 7 de julio de ese mismo año), para en su lugar, enunciar que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda era un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual y que al no haber prohibición expresa por el legislador

ante la posibilidad de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no había cabida para hacer diferenciaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento, por cuanto resultaban injustas y contrarias al principio de igualdad, tal como lo sostuvo la jurisprudencia constitucional en sentencias C-862 y 891A de 2006, SU 1073 de 2012, y S.U 415 de 2015.

El órgano de cierre ordinario de la misma manera, fijó la fórmula matemática utilizada para la indexación de la base salarial de las mesadas pensionales en la sentencia del 13 de diciembre de 2007, Rad. 31.222, reiterada en la del 28 de enero de 2008, rad. 30809. Tal corresponde a:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado  
 VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Al cobijo de estas estimaciones, teniéndose que el actor prestó sus servicios a la accionada hasta el 31 de julio de 1976 y se le reconoció la prestación a partir del 17 de mayo de 1989, es decir casi 13 años después, dable es concluir sin dubitación alguna, que en los ingresos del trabajador desde la fecha de su retiro hasta la data del reconocimiento de la pensión o de causación de la primera mesada pensional, **existió una desmejora real del valor del IBL o de los factores que se tuvieron en cuenta, lo cual justifica la procedencia de la indexación deprecada, tal**

como lo ha sostenido la Sala de Casación laboral entre otras en sentencia Rad. 48935 del 28 de febrero de 2012.

Así, se establece que el deprecante alcanzó los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación el 17 de mayo de 1989, calenda anterior a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, 01 de Abril de 1994, razón por la cual, se debe liquidar la prestación bajo las voces del art. 260 del C.S.T., que estableció que el trabajador que hubiere laborado para una misma compañía con un capital igual o superior a \$800.000, que haya cumplido 50 años si es mujer, o 55 años si es hombre, y acredite 20 años de servicios continuos o discontinuos *“tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio”*.

Como se indicó el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios del actor correspondió a \$12.165 (fls. 5 a 7), suma que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75%, arroja un valor de \$9. 123 para 1976. Cantidad de dinero que indexada al 17 de mayo de 1989 (fecha de reconocimiento pensión de jubilación), da como resultado una primera mesada de **\$144.229, 85** y no de \$146.202 como lo determinó el *a quo*.

Bajo el amparo de estos parámetros, al rompe se colige que la decisión del *a quo* en cuanto a la reliquidación del valor de los aportes que la Compañía Nacional de Chocolates, efectuó entre el 09 de 1989 ( data de reconocimiento de pensión de jubilación) y el 03 de 2001 (fecha de reconocimiento de la pensión de vejez), se ajusta a la legalidad y por ende resulta procedente, pues los mismos debieron efectuarse bajo el valor real la mesada pensional del demandante, esto es indexada, como se explicó. No obstante, se modificará el numeral sexto de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que el salario base de cotización sobre el cual

deberán efectuarse los aportes para 1989 corresponde a \$144.229, 85, el cual deberá ser indexado anualmente hasta el periodo 03 de 2001, con fundamento en la norma vigente para cada anualidad.

De esta manera, una vez la Compañía Nacional de Chocolates S.A. efectuó el pago de las diferencias causadas en relación a los aportes a pensión del demandante en la forma indicada, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones deberá reliquidar la pensión de vejez otorgada a Antonio López Arango, junto con el pago de las diferencias a las que haya lugar, y en caso de existir un mayor valor, este debe ser asumido por el empleador, de conformidad con el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año. Como a igual conclusión arribó la primera instancia se confirmará lo decidido.

En lo atinente a las costas procesales, materia de inconformidad por la Administradora Colombiana de Pensiones, debe indicarse que el artículo 365 del Código General del Proceso, en el numeral 1 prevé *“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”*. De tal manera que verificado que contra Colpensiones no se emitió condena alguna, y por ende no fue vencida en juicio, habrán de revocarse las costas impuestas, pues si bien se le ordenó reliquidar la pensión del actor, esto es producto de la condena impuesta a la Compañía Nacional de Chocolates S.A., relacionada con el pago de las diferencias en los aportes a pensión del período del 09 de 1989 al 03 de 2001, a la cual no mostró oposición, pues manifestó tanto en la apelación y sus alegatos de conclusión que procedería a la reliquidación una vez se cancele el cálculo actuarial.

Por último, conforme al artículo 365 del C.G.P aplicable por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas de esta instancia a la Compañía Nacional de

Chocolates S.A.S. por no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho medio salario mínimo legal mensual vigente. Monto que se muestra conforme con el Acuerdo N° PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

#### **4o. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral segundo y quinto de la sentencia del 16 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Primero Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta y en su lugar se absuelve a la Compañía Nacional de Chocolates S.A.S., del pago del cálculo actuarial del 30 de enero de 1956 al 31 de diciembre de 1966.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral séptimo de la sentencia en mención, en el sentido de ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que una vez la Compañía Nacional de Chocolates S.A. efectuó el pago de las diferencias causadas en relación a los aportes a pensión del demandante por el período del 09 de 1989 al 03 de 2001, reliquide la pensión de vejez otorgada a Antonio López Arango, teniendo en cuenta solo tal factor, junto con el pago de las diferencias a las que haya lugar debidamente indexadas.

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral décimo de la sentencia aludida en el sentido de absolver a Colpensiones de las costas impuestas en primera instancia.

**CUARTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la Compañía Nacional de Chocolates S.A.S. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada \$200.000 Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

**NOTIFIQUESE.**

Los Magistrados,



**ELVER NARANJO**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

*KelbyM*

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 062, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.  
Cúcuta, 3 de agosto de 2020



SECRETARIO

EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES.					
OTORGADA			CALCULADA		
AÑO	IPC Variación	MESADA	AÑO	IPC Variación	MESADA INDEXADA
1.976	0,2576		1.976	0,2576	\$ 9.123,00
1.977	0,2871	-	1.977	0,2871	\$ 11.473,08
1.978	0,1842	-	1.978	0,1842	\$ 14.767,01
1.979	0,2880	-	1.979	0,2880	\$ 17.487,09
1.980	0,2585	-	1.980	0,2585	\$ 22.523,37
1.981	0,2636	-	1.981	0,2636	\$ 28.345,66
1.982	0,2403	-	1.982	0,2403	\$ 35.817,58
1.983	0,1664	-	1.983	0,1664	\$ 44.424,55
1.984	0,1828	-	1.984	0,1828	\$ 51.816,79
1.985	0,2245	-	1.985	0,2245	\$ 61.288,90
1.986	0,2095	-	1.986	0,2095	\$ 75.048,26
1.987	0,2402	-	1.987	0,2402	\$ 90.770,87
1.988	0,2812	-	1.988	0,2812	\$ 112.574,03
1.989	0,2612	\$ 32.560,00	1.989	0,2612	\$ 144.229,85

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
Distrito Judicial de Cúcuta  
SALA LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL  
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-001-2018-00133-00  
PARTIDA TRIBUNAL: 18786  
JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA  
DEMANDANTE: TERMOTASAJERO E.S.P. S.A.  
ACCIONADO: COLPENSIONES  
ASUNTO: APELACIÓN  
TEMA: RETROACTIVO Y RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE VEJEZ

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**MAGISTRADO PONENTE**

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (N. de S.), procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-001-2018-00133-00 y P.T. No. 18786 promovido TERMOTASAJERO E.S.P. S.A. a través de apoderada judicial contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes,

**I. ANTECEDENTES.**

La Empresa de Servicios Públicos TERMOTASAJERO S.A., interpone demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES para que sea condenada a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado a favor del señor INOCENCIO COGOLLOS ZARATE para el periodo entre el 05 de febrero al 30 de octubre de 2011 con el 90% del IBL, más los intereses moratorios desde el 24 de agosto de 2014, al uso de las facultades extra y ultra petita y el pago de las costas procesales.

## **II. HECHOS.**

Expone la empresa demandante que, el señor Inocencio Cogollos Zarate nació el 05 de febrero de 1950 y al 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad siendo beneficiario del régimen de transición; que cumplió 60 años el 05 de febrero de 2010 fecha para la cual, tenía 1374 semanas cotizadas; que mediante resolución No.6681 del 1º de octubre de 2011 el ISS reconoció al señor Cogollos Zarate la pensión de vejez en cuantía de \$1'997.281.00 a partir del 1º de noviembre de 2011; que interpuso recurso de apelación contra dicha resolución para que le fuera reconocido el retroactivo desde el 05 de febrero de 2010 hasta el 30 de octubre de 2011, además, que le tuvieran en cuenta el 90% del IBL. Mediante resolución N. VPN 8701 de 3 de junio de 2014 COLPENSIONES negó la solicitud. Que el pensionado trabajó para TERMOTASAJERO E.S.P. S.A. hasta el 31 de enero de 2009; que en acta de reconocimiento de pensión convencional y acuerdo de terminación de contrato de trabajo el 04 de febrero de 2009 con TERMOTASAJERO autorizó al empleador para que reclamara ante el entonces ISS, el retroactivo pensional que se pudiera causar a favor del trabajador. Que el 3 de febrero de 2010 el señor Cogollos Zarate solicitó ante el ISS, el pago del retroactivo autorizando a TERMOTASAJERO recibir dicho valor.

## **III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**COLPENSIONES** a través de su apoderada judicial contestó la demanda, aceptando la totalidad de los hechos y se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra, alegando que no se generaron sumas a favor del demandante que deban ser reconocidas de acuerdo al número de semanas de cotización reportadas al sistema general de pensiones por parte del señor Inocencio Cogollos, que la pensión de vejez se le aplicó la tasa máxima de reemplazo, por lo que no es procedente el reconocimiento del IBL equivalente al 90%; que no son procedentes los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo el cobro de lo no debido, la inexistencia de la obligación, la buena fe, la prescripción y la innominada o genérica.

## **IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.**

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 29 de agosto del 2019, resolvió DECLARAR probadas las excepciones propuestas por la administradora de pensiones demandada, en consecuencia **ABSOLVIÓ** a “COLPENSIONES” de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de TERMOTASAJERO E.S.P. S.A. y

CONDENÓ a ésta última, en costas procesales al actor fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000.

La decisión anterior la fundamentó en que la empresa demandante TERMOTASAJERO S.A. no tiene derecho al retroactivo pensional desde el 05 de febrero de 2010 porque pagó las cotizaciones al sistema pensional a favor del pensionado Inocencio Cogollos Zárate hasta el mes de junio de 2012 sin efectuar el retiro como lo exige los arts. 21 y 23 del Acuerdo 049 de 1990. Respecto a la reliquidación petitionada con fundamento en la aplicación del régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, el Juez A quo argumentó que dicha pretensión ya había resuelta por COLPENSIONES quien aplicó la normatividad aplicable y su decisión se encuentra ajustada a derecho, en virtud a lo consagrado en el inciso 5º del art. 36 de la Ley 100 de 1993 y ante el incumplimiento de los presupuestos previstos en la sentencia SU-062 de 2012, por lo que, el pensionado no es beneficiario del régimen de transición, de esa manera, la norma aplicable para el reconocimiento de la pensión de vejez legal es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

## **V. ARGUMENTACIÓN DE LA APELACIÓN**

La apoderada judicial del demandante inconforme con la decisión, interpone recurso de apelación alegando que conforme a los arts. 33 y 36 de la Ley 100 de 1993, la edad para acceder a la pensión de vejez se mantenía constante hasta el 2014; que el actor reúne las exigencias previstas en los arts. 12 y 13 del Acuerdo 049 de 1990 para tener derecho a la pensión de vejez con ésta norma; que mediante sentencia proferida por ésta Sala Laboral el julio 23 de 2017 dictada dentro de la partida 16483 instaurada por Benjamín Torrado García contra Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, el Tribunal señaló que no era necesario acreditar la desafiliación al sistema pensional para acceder al retroactivo; razones por las cuales dice que tiene derecho al pago del retroactivo desde el mes de febrero de 2010.

## **VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**La apoderada judicial de TERMOTASAJERO S.A. E.S.P.**, ratificó lo manifestado en el recurso de alzada y adicionó a sus alegatos, que el Juez A quo se equivocó al manifestar que existió un traslado de régimen del RAIS al RPMPD ya que no existen pruebas documentales que así lo acrediten, donde se pueda constatar la fecha del presunto traslado, razones por las cuales, considera que tiene derecho al reconocimiento del retroactivo pensional ya que el señor Inocencio Cogollos Zárate es beneficiario del régimen de transición y además, existe una sentencia proferida por esta Sala Laboral

donde se indica que es posible acceder a dicho retroactivo sin necesariamente acreditarse la desafiliación.

**La apoderada judicial de COLPENSIONES** manifestó que la demandante no tiene derecho al retroactivo pensional, ya que la decisión se fundamentó en lo que se registra en el resumen de semanas cotizadas, que es lo que se tomó para hacer la respectiva liquidación y cumplir con lo establecido en la norma, dando como consecuencia que en ningún caso, se está desconociendo al demandante valores reales de los salarios obtenidos en su vida laboral, ni aplicando una tasa de reemplazo equivocada o que no le corresponda, pues para ello se tomó la historia laboral, como resumen de semanas cotizadas, accediendo tanto a la pensión, conforme a lo registrado en los aportes.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En aplicación al principio de consonancia consagrado en el Art. 69 A del CPT y SS adicionado por el art. 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala de Decisión resolverá las inconformidades debidamente fundamentadas durante la apelación, siguiendo la orientación adoctrinada por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencias de radicado SL4981-2017, SL5159-2018 y SL2010 del 2019, entre otras y la sentencia proferida por la Corte Constitucional C-968-2003.

### **Problemas Jurídicos.**

De conformidad con los fundamentos sostenidos por el Juez A quo y la apoderada de la demandante, los problemas jurídicos a resolver son:

1. Determinar si el ex trabajador Inocencio Cogollos Zárate y pensionado convencionalmente por la empresa demandante TERMOTASAJERO S.A. E.S.P., tiene derecho a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez legal, al ser presuntamente beneficiario del régimen de transición dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.
2. Verificar si **COLPENSIONES** tiene la obligación de reconocer y pagar a favor de la sociedad **TERMOTASAJERO E.S.P.** el retroactivo pensional de vejez correspondiente a su ex trabajador el pensionado Inocencio Cogollos Zárate partir del 05 de febrero de 2010 hasta el 30 de octubre de 2011.

## **Caudal Probatorio.**

Se tendrán en cuenta los documentos debidamente allegados al plenario tanto por el demandante como por la parte demandada de conformidad con los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S.

## **Conservación del régimen de transición.**

Uno de los argumentos expuestos por la apoderada judicial recurrente, hace referencia a que el señor Inocencio Cogollos Zárata es beneficiario del régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, ya que ésta estableció que los requisitos de edad y semanas se mantendrían hasta el año 2014; además, arguye en los alegatos de segunda instancia, que no existen pruebas que acrediten un trámite de traslado de regímenes durante la relación laboral.

En este sentido, se hace preciso indicar que según lo previsto en el inciso 5º del art. 36 de la Ley 100 de 1993 concordante con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL6438-2015, SL609-2013 entre otras, el único requisito para la conservación del régimen de transición para quienes se habían trasladado al régimen de ahorro individual y posteriormente regresaron al régimen de prima media, **es que el afiliado cuente con al menos 15 años de servicios o su equivalente en cotizaciones, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.**

## **Caso en concreto.**

Así las cosas, al revisar la historia laboral traída al expediente vista a folios 45-60 actualizada al 07 de septiembre de 2018, se encuentra acreditado que el señor Inocencia Cogollos Zárata inició las cotizaciones en el RPMPD desde el 27 de abril de 1978 y al 1º de abril de 1994 contaba con 44 años de edad, es decir, en un principio era beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, no obstante, contrario a lo alegado por la recurrente, dentro del expediente y de la misma historia laboral que goza de plena validez al no ser tachada de falsedad, se registró un traslado al RAIS previamente documentado en la historia laboral, conforme a la siguiente relación:

1. RPMPD desde el 27 de abril de 1978 hasta el mes de septiembre de 1998.
2. Desde el mes de octubre de 1998 hasta el mes de diciembre de 2001 se registró como observación: PAGO RECIBIDO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL POR TRASLADO.

3. A partir del mes de enero de 2001 hasta el 30 de junio de 2012 los aportes continuaron en COLPENSIONES.

De manera que, trasladando los argumentos jurídicos expuestos, encuentra la Sala que COLPENSIONES no incurrió en el error que se le enrostra TERMOTASAJERO ya que si bien el señor INOCENCIO COGOLLOS ZÁRATE era beneficiario del régimen de transición por tener cumplido el requisito de edad, el mismo efectuó un traslado voluntario al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con lo cual perdió la transición; y, aun cuando retornó al régimen de prima media, no cumplió con la condición necesaria para **recuperarlo**, como es, que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones **tuviera 15 años de servicios o cotizaciones**, ya que solo acreditó un total de 489,43 semanas de cotización que equivalen a 9 años, 4 meses 16 días a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones conforme al parágrafo del artículo 151 de la ley 100 de 1993.

### **Solución del Primer Problema Jurídico.**

Por estas razones, se desestiman el recurso de alzada respecto a la reliquidación de la pensión de vejez legal a favor del señor Inocencio Cogollos Zárate, dado que los parámetros legales determinados por la administradora demandada COLPENSIONES fueron acertados y se ajustan al ordenamiento jurídico vigente, razón por la que, para continuar con el segundo problema jurídico, se deberá tener en cuenta que el reconocimiento de la pensión de vejez del ex trabajador de TERMOTASAJERO, le son aplicables la Ley 100 de 1993 y la modificación prevista en la Ley 797 de 2003.

### **Retroactivo pensional.**

Conforme a lo expuesto, el art. 13 del Acuerdo 049 de 1990 dispone como regla general, que el disfrute de la pensión de vejez será a partir de la desafiliación efectiva al sistema pensional, teniéndose en cuenta, hasta la última semana de cotización para determinar el valor de la mesada pensional.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, ha señalado que ante situaciones que presentan ciertas particularidades, la aplicación de dichos preceptos deben ajustarse a esas especiales circunstancias (ver sentencia de radicado 34514 del 1º de septiembre de 2009 reiterada en la de radicado 39391 del 22 de febrero de 2011, 35885 del 6 de julio de 2011 y 37798 del 15 de mayo de 2012).

Dichas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, fueron determinadas en las mencionadas sentencias, de la siguiente manera:

**(1º)** En tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, por lo que, la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos.

**(2º)** Cuando de la conducta del afiliado se colige su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, pues en esos casos, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del mismo, ya que el trabajador no asume la omisión del empleador (sentencias de radicado 35605 del 20 de octubre de 2009, SL4611 del 2015 y SL5603 del 2016).

De lo anterior, emerge con claridad, que pueden existir situaciones especiales que ameriten una observación minuciosa por parte del operador judicial, que conlleve a inaplicar la regla general de la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la mesada pensional, ante la concurrencia de varias peculiaridades como son, el haber tenido cumplidos los requisitos para acceder a la pensión, la no cotización al sistema pensional y la solicitud de reconocimiento y pago de la misma.

### **Caso en concreto.**

Descendiendo al caso concreto y conforme a las pruebas aportadas, no existe discusión en que el señor INOCENCIO COGOLLOS ZÁRATE en calidad de ex trabajador de la empresa demandante TERMOTASAJERO S.A., recibió una pensión convencional efectiva desde el 1º de febrero de 2009 con mesada pensional de \$2'403.812.00, según la documentación aportada por la parte actora vista a folios 2-4, donde el numeral 7º suscribe los siguientes apartes:

“7. La sociedad TERMOTASAJERO S.A. E.S.P. continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte del señor INOCENCIO COGOLLOS ZÁRATE con el fin de que una vez el EXTRABAJADOR cumpla con la edad requerida por el sistema para acceder a la pensión de vejez, solicite al Seguro Social el reconocimiento de dicha pensión. Una vez opere el reconocimiento,

continuará a cargo de TERMOTASAJERO S.A. E.S.P., únicamente el mayor valor que pudiera existir entre la pensión de jubilación reconocida por ella y la pensión de vejez que reconozca el Seguro Social. De la misma manera el EXTRABAJADOR se compromete a realizar los trámites tendientes a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS, a más tardar de los 30 días siguientes al cumplimiento de los requisitos. En el evento de no hacerlo, la empresa suspenderá el reconocimiento de la pensión aquí consagrada.

En caso de que el Seguro Social reconozca la pensión de vejez con retroactividad a la fecha en que el EXTRABAJADOR cumpla los requisitos exigidos por el sistema, las sumas retroactivas corresponden a TERMOTASAJERO S.A. E.S.P., por haber pagado desde esa fecha y hasta el reconocimiento de la pensión de vejez el valor total de las mesadas. EL EXTRABAJADOR se compromete a presentar en los meses de junio y diciembre de cada año, el certificado de supervivencia.(...)"

Teniendo claro lo anterior, para determinar la fecha de causación de la pensión de vejez legal, se tiene que los requisitos previstos en el art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez son: (i) cumplir 60 años si es hombre y (ii) para el 05 de febrero de 2010, fecha en que cumplió los 60 años el señor Cogollos Zárate, la norma exigía 1175 semanas de cotización.

Luego entonces, para el 05 de febrero de 2010 según el reporte de semanas visto a folios 45-60, el señor Inocencio Cogollos había aportado 1302,57 semanas de cotización, por lo que, se procederá a verificar si en este asunto, prospera la excepción en cuanto a la desafiliación al sistema para hacer efectivo el disfrute de la mesada consecuente con el pago del retroactivo pensional.

Según la resolución No.6681 del 2011 vista a folios 7-8 proferida por el ISS, el señor Inocencio Cogollos presentó recurso de apelación el 10 de junio de 2010 contra la resolución No. 1983 de 2010 y anexó el registro civil de nacimiento para acreditar el cumplimiento de la edad mínima; así mismo, se observa en la mencionada resolución, que el ISS tuvo en cuenta las **1374 semanas** de cotización para determinar la tasa de reemplazo correspondiente al **67,23% del IBL**, es decir, incluyó los aportes realizados por la empresa pagadora de la pensión convencional TERMOTASAJERO S.A. E.S.P. hasta el **30 de octubre de 2011**, para determinar el monto de la pensión conforme lo dispone el art. 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, correspondiente a una mesada pensional a partir del 1º de noviembre de 2011 de **\$1'997.281.00**.

### **Solución del Segundo Problema Jurídico.**

Bajo las anteriores premisas, contrario a lo afirmado por la empresa demandante, considera esta Sala de Decisión que en este preciso asunto no operó la desafiliación tácita o la excepción adoctrinada por la Corte Suprema de Justicia, ya que le correspondía a TERMOTASAJERO S.A. E.S.P. entidad pagadora de la cotización quien concurre como pagadora de la mesada pensional convencional, realizar la novedad de retiro del sistema pensional para la fecha de cumplimiento de la edad mínima, tal como fue consignado en el acto administrativo visto a folios 2-4; actuación que omitió y de forma voluntaria decidió pagar la mesada pensional hasta el mes de octubre de 2011, cuando COLPENSIONES ingresó al señor Inocencio Cogollos Zárate en nómina de pensionados.

A lo anterior se agrega que, las semanas tenidas en cuenta por COLPENSIONES para realizar la liquidación de la pensión de vejez a favor del ex trabajador de la empresa demandante, fueron hasta el 30 de octubre de 2011, hecho que constituye especial importancia, ya que al dársele aplicación al art. 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, el monto de la pensión se encuentra sujeto a la fórmula decreciente establecida en el último inciso de la mencionada regla, siendo más favorable la acumulación de semanas para la obtención de una tasa de reemplazo superior y la consecuente mesada pensional.

En estas condiciones, se concluiría en instancia, que no hay presupuesto para declarar una desafiliación tácita desde la fecha del 05 de febrero de 2010 como lo pretende la recurrente, pues el solo hecho de la solicitud no indica que se tengan cumplidos los requisitos para acceder a la prestación, además de que registra cotizaciones hasta el mes de noviembre de 2011, motivo por el cual a pesar de resultar desacertados los fundamentos para aplicar las excepciones de la desafiliación formal al sistema pensional señaladas por el A quo , se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia pero por las razones expuestas en esta providencia.

Se condenará en costas procesales de segunda instancia a TERMOTASAJERO S.A. E.S.P., por no haberle prosperado el recurso de alzada según lo previsto en el numeral 1º del art. 365 del C.G. del P., fijando como agencias en derecho la suma de \$877.803.00 según lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

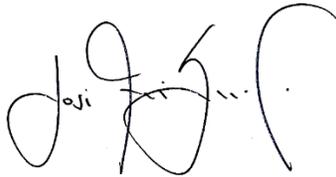
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de COLOMBIA y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia apelada proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA de fecha 30 de octubre de 2018, pero por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia al demandante por no haberle prosperado el recurso de alzada y fijar como agencias en derecho la suma un SMMLV equivalente a \$877.803.00 a cargo de TERMOTASAJERO E.S.P. S.A. y a favor de COLPENSIONES, de conformidad con el art. 1 numeral 1º del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 emanado de la Sala Administrativa del CSJ.

**NOTIFIQUESE.**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

**MAGISTRADO**



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ**

**MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 062 , fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 3 de agosto de 2020



SECRETARIO

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



Departamento Norte de Santander  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
Distrito Judicial de Cúcuta  
SALA LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE**  
**Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**  
Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta  
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-001-2018-00226-00  
Partida Tribunal: 18623  
Demandante: CARMEN ROSA VILLAMIZAR HERNÁNDEZ  
Demandada (o): COLPENSIONES  
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES  
Ref.: CONSULTA- APELACIÓN DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el grado jurisdiccional de consulta así como los recursos de alzada presentados por los apoderados judiciales de las partes demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 28 de mayo de 2019, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2018-00226-00 y partida de este Tribunal Superior No. 18623 promovido por la señora CARMEN ROSA VILLAMIZAR HERNANDEZ contra la ADMINISTRACIÓN COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

**I. ANTECEDENTES**

La demandante CARMEN ROSA VILLAMIZAR HERNANDEZ interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES con el propósito de que se reconozca y pague la sustitución pensional a partir del fallecimiento de su conyugue, el señor IRINEO SEPÚLVEDA GÓMEZ, esto es a partir de 31 de marzo de 2015, así como el retroactivo pensional, y los intereses moratorios.

**II. HECHOS**

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos expuesto en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que contrajo matrimonio civil con el señor IRINEO SEPÚLVEDA GÓMEZ el día 25 de marzo de 1999, quien era pensionado por vejez, mediante Resolución N°005979 del 17 de septiembre de 1996

reconocida por el ISS por un valor de \$211.071, matrimonio que estuvo vigente hasta el fallecimiento de su cónyuge, es decir el 31 de marzo de 2015.

2. Que viajó a México en enero de 2004, y en el trayecto es privada de la libertad hasta diciembre de 2017, privación que no fue objeto para terminar la convivencia con el causante, pues el ánimo de ayuda mutua, apoyo y solidaridad entre cónyuges, fue continuo.

### **III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA**

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, ésta dio contestación admitiendo los hechos 1, 2, 4 y 5 y el 3 que no le consta; se opuso a la totalidad de pretensiones manifestando que la demandante no cumple con los requisitos exigidos por los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, ya que no convivió con el causante dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, en razón a su privación de la libertad, la cual se prolongó, según su dicho, hasta el año 2017.

Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de la entidad demandada, prescripción y la innominada.

### **IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 28 de mayo de 2019, resolvió DECLARAR que le asiste derecho a la señora CARMEN ROSA VILLAMIZAR HERNÁNDEZ en calidad de cónyuge supérstite, al reconocimiento y pago, a cargo de COLPENSIONES, de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor IRINEO SEPÚLVEDA GÓMEZ en un 100% al acreditar el cumplimiento de los requisitos contenidos en los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993, a partir del 01 de abril de 2015, así como al pago del retroactivo pensional, absolviendo a la administradora de las demás pretensiones incoadas en su contra.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que consideró que a pesar de que la actora se hubiera encontrado privada de la libertad en México a partir del año 2004, esto no demostraba que se hubiera roto el vínculo con el señor IRINEO SEPÚLVEDA GÓMEZ, por lo que cumplió aquella con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su esposo, quien gozó en vida de una pensión de vejez.

## **V. RECURSOS DE APELACIÓN**

### **1. PARTE DEMANDANTE**

La parte demandante no se encontró de acuerdo con la absolución que hiciere el A quo a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios consignados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, frente a lo cual manifestó que la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral 26728 2006, ha establecido que los mismos tienen una naturaleza de resarcitoria y no sancionatoria ya que con ellos lo que se pretende reparar a quien tiene derecho a la pensión y no recibe su valor, por lo tanto el concepto de buena o mala fe a las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional no pueden ser considerados para establecer la procedencia de los mencionados intereses.

Así mismo, indicó que por ser una pensión reconocida con anterioridad al acto legislativo 01 de 2005, estas se liquidaban sobre 14 mesadas anuales, por lo que, al ser una sustitución pensional, el reconocimiento y pago de la pensión hacia la demandante Villamizar por sustitución pensional, ésta se debe liquidar de la misma manera como se venía liquidando la pensión vejez del causante.

### **2. PARTE DEMANDADA**

El apoderado judicial de COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la sentencia proferida, al considerar que teniendo en cuenta las normativas correspondientes, así como la investigación administrativa que se aportó, es evidente que la demandante no ostenta la calidad beneficiario de la sustitución pensional frente al causante, ya que no acreditó la convivencia con este hasta su muerte o en su defecto haber convivido con el fallecido, no menos de 5 años continuos con anterioridad a esa data.

## **VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

- 1. PARTE DEMANDANTE.** El apoderado de la activa alegó que para que pueda existir el reconocimiento de intereses moratorios, la sala debe de confirmar la declaración de beneficiaria de la sustitución pensional de la demandante, y esto se da como se manifestó en la primera instancia, por el ánimo de convivir entre el causante y la demandante, que muy a pesar de que la demandante se encontraba retenida por delitos cometidos en México, nunca desintegró el núcleo familiar, el matrimonio como institución se mantuvo intacto, además que como se logró probar en los testimonios recolectados, siempre hubo animo de

ayuda mutua de manera espiritual entre la pareja, pues lo único que motivaba al causante para ir al corregimiento el pósito era recibir la llamada que recibía los domingos de su esposa reclusa en una cárcel mexicana.

Indicó que las pruebas recolectadas son fehacientes, y muestran que el causante como pensionado nunca retiró del sistema general de seguridad social a su esposa, siempre estuvo vinculada esta última al sistema general de seguridad social en pensiones como beneficiaria del pensionado Sr. IRINEO SEPULVEDA GOMEZ.

Que por ende y como se ha manifestado en diferentes jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, la convivencia no solo es estar juntos bajo un mismo techo, sino es una “comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado” (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

Con respecto a la condena al pago de los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indicó que estos tienen una naturaleza resarcitoria y en pensión de sobrevivientes se tiene y mantiene el criterio jurisprudencial que estos se deben reconocer siempre y cuando no se esté resolviendo una controversia entre varios posibles beneficiarios como cónyuge o compañero o compañera permanente; que ha establecido la Corte Suprema de Justicia que cuando exista un solo beneficiario que por vía judicial solicite el reconocimiento de pensión de sobreviviente, los intereses por su misma naturaleza resarcitoria deben ser reconocidos (sentencia SL 668- 2020 Rad 75316).

Que una vez analizados los hechos, las testimoniales recaudadas, es válido afirmar que en este caso, existe una sola beneficiaria, por ende la tardanza en su reconocimiento acarrea un resarcimiento que se encuentra legalmente plasmado en el ordenamiento jurídico teniendo en cuenta que no se necesita comprobar la buena o mala fe por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – solamente se debe de observar la tardanza en el reconocimiento y como efectivamente la demandante debió acudir al aparato judicial para el reconocimiento, se encuentra configurada la causal objetiva de la tardanza para su reconocimiento; por ende solicitó a la Sala se acceda a la pretensión sobre el reconocimiento de los intereses moratorios

previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y en consecuencia se modifique la sentencia del a quo.

- 2. PARTE DEMANDADA.** La Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES manifestó en sus alegatos que del presente proceso se logra evidenciar que la parte demandante no convivió con el causante dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, en razón a la privación de libertad de la señora CARMEN ROSA VILLAMIZAR HERNANDEZ la cual se prolongó según su dicho, hasta el año 2017, motivo por el cual no es procedente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente ya que no se cumplen de manera cabal los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993.

En cuanto a los intereses moratorios que pretende el accionante, COLPENSIONES, consideró que es improcedente la reclamación de los mismos, toda vez que no se trata de un derecho expreso, claro y exigible y por el contrario, a través de este proceso ordinario laboral se está reclamando precisamente su existencia; que en este sentido es necesario mencionar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, señala la obligatoriedad de reconocer intereses cuando se presenta MORA EN EL PAGO DE LAS MESADAS PENSIONALES, en el entendido que se trate de una derecho reconocido y por lo tanto exigible, lo cual no sucede en el presente caso, hasta tanto no se aclare y se establezca que el demandante tiene derecho a acceder a la prestación económica.

Resaltó igualmente la excepción de prescripción formulada por parte de la entidad, la cual solicitó se declare probada tanto de la acción laboral como de los derechos sustanciales que pudieren verse afectados por dicho fenómeno, si a ello hubiere lugar, sin que la proposición de esta excepción implique reconocimiento expreso o tácito de la existencia de los derechos reclamados, por vía del presente proceso ordinario laboral.

Por último manifestó no estar de acuerdo con la condena al pago de costas impuesta debido a que La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en desarrollo de sus actos, se desempeña dentro de los parámetros legales, siendo responsable y procediendo con lealtad; que las resoluciones proferidas por la entidad son producto del estudio llevado a cabo por funcionarios idóneos.

Una vez cumplido el término para presentar alegatos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

## **VII. CONSIDERACIONES**

**Competencia.** La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y las argumentaciones manifestadas por las partes en sus recursos de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si la demandante CARMEN ROSA VILLAMIZAR HERNANDEZ tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de su cónyuge el señor IRINEO SEPÚLVEDA GÓMEZ, desde el 31 de marzo de 2015, con el respectivo retroactivo pensional y los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo al registro civil de defunción obrante a folio 10, el señor IRINEO SEPÚLVEDA GÓMEZ, falleció el día 31 de marzo de 2015; por lo que el derecho pensional se rige por lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que dispone que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes «Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca (...)».

De acuerdo a lo señalado en la Resolución N° SUB 29815 del 31 de enero de 2018 vista a folios 6 a 8 del plenario, al señor IRINEO SEPÚLVEDA GÓMEZ, se le reconoció pensión de vejez, mediante la Resolución N° 005979 del 17 de septiembre de 1996, efectiva a partir del 01 de junio de 1996; por lo que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, de tal suerte que la controversia que debe resolverse la Sala, es si la demandante CARMEN ROSA VILLAMIZAR HERNANDEZ, acreditó la calidad de beneficiario de ésta prestación, dado que COLPENSIONES, le negó el derecho pretendido debido a que no acreditó los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto es preciso indicar que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dispone que es beneficiario de la pensión de sobrevivientes «En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con

el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte».

De acuerdo con la norma anterior, para que la cónyuge adquiriera el derecho a la pensión de sobrevivientes, debe demostrar que convivió con el causante al menos durante cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; no obstante, éste requisito debe interpretarse en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia N° 41637 del 24 de enero de 2012, en la cual expresó:

(...) Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.

Esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.

No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época”.

En esta misma línea y de manera más reciente, la CSJ en su sentencia con Radicación 76921 del 11 de marzo de 2020, indicó:

Para resolver, conviene señalar que el razonamiento del *ad quem* se aviene en todo a la postura pacífica de esta Corporación, en cuanto ha adocinado que para los casos de cónyuge con vínculo marital vigente, pero separado de hecho, el requisito de 5 años de convivencia puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que *«de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el*

*derecho a la seguridad social»* (CSJ SL5169-2019, que reitera las providencias CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).

De acuerdo a lo expresado, aunque el cónyuge no logre acreditar la convivencia dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, éste requisito no se aplica exegéticamente dada la naturaleza del vínculo matrimonial, **por lo que es admisible que se reconozca la prestación si se demuestra la convivencia durante ese término en cualquier tiempo, siempre y cuando, la sociedad conyugal se mantenga vigente.**

En este caso no encontramos en una circunstancia particular, teniendo en cuenta que la señora CARMEN ROSA VILLAMIZAR HERNÁNDEZ, se encontraba privada de la libertad para el momento en que falleció el señor IRINEO SEPÚLVEDA GÓMEZ; frente a ello, la parte demandante alega que durante ese lapso siguió existiendo entre ambos el ánimo de ayuda mutua, apoyo y solidaridad, tanto es así que le permitían una sola llamada cada ocho días, y la cual utilizaba para comunicarse con sus hijos y el señor SEPÚLVEDA, quien se desplazaba al corregimiento el Pórtico, solamente a recibir la misma.

Por ello, lo primero que se analizará es si en el régimen jurídico la privación de la libertad por la comisión de un delito por parte del cónyuge sobreviviente, puede considerarse una causal de extinción de la convivencia.

Como primer referente, es necesario precisar que el artículo 13 de la Ley 797 de 1993, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no consagró alguna causal de pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios, pues su reconocimiento se determina por un criterio objetivo que es la convivencia en el término de 5 años; aclarando que la convivencia en sí misma, debido a su conceptualización y a la naturaleza de las relaciones, sí requiere un análisis de las circunstancias en las que se da para configurar su existencia.

Ahora bien, como precedentes en los que se ha analizado la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de personas privadas de la libertad, debe resaltarse que en la Sentencia T-122 de 2017, la Corte Constitucional, indicó que en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, se encontraba una laguna axiológica cuando este sea penalmente responsable de la muerte de su cónyuge por una conducta dolosa, al explicar que *«...De ahí que, se concluya que el legislador estableció el alcance de la pensión de sobrevivientes o sustitutiva desde el escenario fáctico de uso común y generalizado. Es decir, bajo la regla de que prima facie todo integrante del núcleo familiar del causante, a partir de un determinado orden de prelación y*

*demostrado el cumplimiento de los requisitos de ley, goza de la calidad de beneficiario. El legislador ni valoró las circunstancias especiales o excepcionales a la regla, como la aquí planteada, ni tampoco fijó las consecuencias jurídicas a aplicar ante su ocurrencia. Por lo que, desde esta óptica, no resulta razonable suponer que el escenario en el cual el señor Mauricio, en calidad de beneficiario, causó con intención la muerte de la afiliada a Protección S.A., pueda decidirse con la simple aplicación de la norma atrás referida».*

Como consecuencia de esa laguna, consideró que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a quien fue responsable de forma dolosa de la muerte del cónyuge pese a que cumpliera con los requisitos del artículo 47 mencionado, atentaba y era incompatible con la finalidad de la prestación, que no es otra que la protección de la familia.

*Por ello «...la legitimidad para suceder al causante no solo se define por elementos formales, sino, además, por criterios materiales que la caracterizan.», de manera que, la persona penalmente responsable de la muerte dolosa del causante no está legitimado para recibir dicha prestación, analizando por analogía normativas que regulan circunstancias similares en otras áreas del derecho, con base en las cuales determinó que “En efecto, tales disposiciones normativas tienen en común un propósito de corrección ética por parte del legislador, en el sentido que si bien, en principio, todos eran beneficiarios de la ocurrencia de un determinado acto o negocio jurídico, lo cierto es que, a raíz de su participación en la comisión de un delito, por medio del cual no solo se produce su beneficio, sino que además, se causa la muerte de la persona de la cual se deriva, en últimas, dicha situación jurídica, ese acto constituiría un transgresión injustificable del derecho a la vida, inviolable desde cualquier perspectiva, por lo que sería ilícito beneficiarse de su propia conducta criminal e inmoral. »*

De lo anterior, se desprende que como excepción a la aplicación del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para que el beneficiario no se encuentre legitimado para acceder a la pensión de sobrevivientes, se debe haber determinado que este es responsable de la muerte dolosa del causante, en la medida que opera el principio del derecho según el cual nadie puede obtener provecho de su propia culpa. Este es el único antecedente que en la jurisprudencia ha conllevado a la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes de quien se considera legalmente beneficiario y se encuentre privado de la libertad.

Ello conlleva razonablemente a concluir que no toda persona que se encuentre privada de la libertad por causa de la comisión de un delito pierde la condición de beneficiario o el derecho a la pensión de sobrevivientes; no siendo posible afirmar que tal circunstancia sea un elemento que desmerite

la convivencia entre los cónyuges o compañeros permanentes por la ausencia física de este.

Lo anterior se afirma ya que, si bien es cierto la condena que se imponga como consecuencia de una actividad criminal o típica, conlleva a la restricción y limitación de ciertos derechos, no lo es menos que la Corte Constitucional ha considerado que *«El derecho a la visita íntima se encuentra ligado a garantías fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, a la unidad familiar, a la vida privada y a la sexualidad, que ha de respetarse, porque a pesar de que es un derecho restringido o limitado debido a la condición de privación de la libertad de la persona, esa restricción solo debe ser proporcional, razonable y necesaria y, por tanto, justificada. Asimismo, no puede descartarse la fundamentalidad de tal derecho porque de él emanan otras garantías de esa estirpe, y la conexión que tiene con la finalidad de la privación de la libertad, permite asegurar que es uno de los ámbitos de desarrollo que debe procurarse a los reclusos, debiendo el Estado, por la obligación que tiene de garantizar un control efectivo sobre la manera en que se desarrolla la vida en una prisión, asegurarse de que no se impongan barreras que impidan su ejecución»* (Sentencia T-002 de 2018).

Por el contrario, llegar a una conclusión distinta conllevaría a desconocer los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la unidad familiar, intimidad y sexualidad de las personas privadas de la libertad, a quienes no pueden eliminárseles tales garantías por el simple hecho de la comisión de un delito, que ya fue sancionado a través del procedimiento penal respectivo, salvo la especial circunstancia explicada en precedencia, en la cual el cónyuge o compañero es culpable de la muerte dolosa del causante.

Ello desconocería la integridad como seres humanos de las personas privadas de la libertad y los derechos que le son inherentes, máxime cuando estos deben ser respetados y reconocidos por los jueces como guardas de la Constitución y la Ley, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2º de la C.P. que nos obliga a garantizar su efectividad y protección; y que como principio de nuestra sociedad actual se ha establecido que *«... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...»* (Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en la Sentencia SL-856 de 2020, reiteró el criterio según el cual el derecho a la pensión de sobrevivientes no desaparece cuando los cónyuges o compañeros permanentes no pueden vivir bajo el mismo techo por condiciones particulares, como la salud; y conforme la Sentencia SL6286 de 2017, que es citada para hacer referencia a esa postura, la convivencia bajo el mismo techo no es el único ni exclusivo presupuesto para determinar el

derecho a la pensión de sobrevivientes, debido a que existen circunstancias particulares que no implican la pérdida de comunidad de vida ni la vocación de vida en común, por lo que se entiende que esta se mantiene cuando:

1. Existe alguna causa que les impide convivir bajo un mismo techo, tales circunstancias, según la jurisprudencia lo indica de forma enunciativa y no estricta, pueden originarse en el trabajo, la salud, fuerza mayor, etc.
2. Pese a la separación física de los cónyuges o compañeros permanentes, persiste la comunidad de vida, entendida como mantener el afecto, auxilio mutuo, apoyo económico y acompañamiento espiritual.

Para este caso particular, es claro entonces que la privación de la libertad de uno de los cónyuges es una causa que no implica la desaparición de la convivencia. En primer lugar, conforme se explicó antes, la restricción y la limitación de los derechos de la persona que se encuentra en esta circunstancia, no implica la extinción del derecho de conformar y mantener una familia; tampoco se ha contemplado que la comisión de un ilícito conlleve a la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes, salvo que el mismo sea doloso y ocasione la muerte o atente contra la integridad física del cónyuge o compañero.

En consecuencia, la pena impuesta por una autoridad judicial que obliga a estos a una separación física, es ajena a su voluntad y puede mantenerse en el tiempo la convivencia, si entre los mismos subyace ese vínculo de afecto, apoyo y solidaridad.

En este caso, se encuentra demostrado con el registro civil de matrimonio que se encuentra a folio 9 del plenario, el señor IRINEO SEPÚLVEDA GÓMEZ y la señora CARMEN ROSA VILLAMIZAR HERNANDEZ, contrajeron matrimonio el día 25 de marzo de 1999; así mismo según acta de declaración extraprocesal rendida por ellos mismos el día 15 de septiembre de 1995, convivieron en unión libre desde 1989.

La Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, al momento de resolver sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en la Resolución N° SUB 29815 de 31 de enero de 2018, negó el mismo en razón a que en la investigación administrativa se determinó que pese a que se acreditó la convivencia como compañeros permanentes desde 1989, y que posteriormente, el 25 de marzo de 1999, contrajeron matrimonio, la convivencia se mantuvo hasta el año 2004, debido a que en esa data viajó a México y fue privada de la libertad.

Por su parte, en el interrogatorio de parte la actora confesó que en enero 2004, se produjo la separación con su cónyuge, cuando viajó y permaneció privada de la libertad durante 13 años y 9 meses.

De acuerdo con lo anterior, desde el momento del matrimonio el 25 marzo de 1999 hasta aproximadamente enero de 2004, fecha en la que la demandante resultó privada de la libertad en otro país, se tiene cabalmente acreditado dentro del plenario que el tiempo de convivencia de la pareja en mención correspondía a **4 años y 10 meses**; pero pese a la captura y detención de esta, aún continuó la comunidad de vida entre ambos, debido a que la distancia física no impidió que en la distancia continuaran manifestándose esos lazos de apoyo, solidaridad y acompañamiento espiritual.

Lo anterior se corrobora con las declaraciones del señor ANIBAL SOLANO RODRÍGUEZ, que manifestó conocer a la actora y el causante debido a que labora para una tipografía que le pertenece a la familia y en la que también trabajaba el hijo de esta. Precisó que convivieron en Cúcuta en el barrio San Rafael, y que cuando ella se fue de Colombia y la detuvieron en México por llevar drogas, ellos seguían dialogando por intermedio del hijo y la nuera de la señora Villamizar, ya que los visitaba para recibir las llamadas de esta. Así mismo, cuando se le preguntó cómo se manejó la relación entre los cónyuges con posterioridad al 2004, reiteró que el causante siempre fue muy cariñoso con los hijos de la actora, y que constantemente el subía al barrio El Pórtico a la casa de uno de ellos, porque ahí lo llamaba cada ocho días, cuando le daban permiso para hacerlo.

A su vez, al rendir su declaración el señor JOSÉ LUIS MÁRQUEZ QUINTERO indicó que conoce a la demandante hace aproximadamente 25 años y al señor IRINEO hace 20 años; manifestó que vive muy cerca de la casa del hijo de la demandante, en el Pórtico, por lo que le consta que el señor IRINEO iba al barrio casi todas las semanas a recibir las llamadas de CARMEN y a visitar a su hijo.

Por su parte, la testigo ALIX SÁENZ BALLESTEROS señaló conocer a la demandante desde 1996, ya que es la esposa de su hijo MAYJARAL PERNÍA; indicó que vivió en la casa de la señora CARMEN y el señor IRINEO en el año 1999 y que mientras aquella estuvo detenida en México, hablaba con éste al menos una vez cada mes o cada quince días.

Según se advierte de las anteriores pruebas, es claro que la demandante y el señor IRINEO SEPÚLVEDA GÓMEZ, convivieron en unión libre desde 1995 y contrajeron matrimonio en marzo de 1999 y mantuvieron dicha convivencia hasta enero de 2004, momento en que la señora VILLAMIZAR HERNANDEZ decide emprender un viaje a México, donde es privada de la libertad durante 13 años, restándole **solo 2 meses** para satisfacer con el requisito para acceder al reconocimiento pensional (5 años en cualquier

tiempo), y si bien dicha situación no le permitió estar físicamente con el causante hasta su fallecimiento, es evidente que la voluntad de los cónyuges no fue la de finalizar su relación, continuando todo el tiempo con los lazos de apoyo mutuo, mostrados a través del único medio posible para la demandante, esto es, las llamadas telefónicas que realizaba cada vez que le era posible, ya que su separación se dio de manera forzada, sin haberse disuelto en sí el vínculo matrimonial.

Igualmente debe indicar la Sala, que la comisión de una conducta delictiva en el exterior, no puede catalogarse como un hecho generador del rompimiento de la vida en pareja de los cónyuges, pues más allá de su ilegal comportamiento y su posterior captura, no existe ningún elemento indicador para concluir que a raíz de tal decisión, fuese voluntad de la señora VILLAMIZAR HERNANDEZ romper con los lazos familiares que la unían con el causante.

En ese orden de ideas, como ya se concluyó la privación de la libertad de una persona por la comisión de un delito no puede interpretarse como una ruptura de los lazos de pareja que existían entre la señora Villamizar Hernández y el señor Sepúlveda Gómez, máxime cuando para el momento en que fue detenida en enero de 2004, ya llevaban aproximadamente 4 años y 10 meses de convivencia, por lo que de golpe la separación física como consecuencia de la detención no interrumpe la convivencia, en la medida que posteriormente continuaron manifestándose ese apoyo espiritual y emocional a través de los medios que le permitían una comunicación, cada vez que esta recibía autorización para ello.

Así las cosas, es claro para esta Sala que la señora VILLAMIZAR HERNANDEZ cumplió con el requisito de convivencia de **5 años en cualquier tiempo**, requerido para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor IRINEO SEPÚLVEDA GÓMEZ, convivencia que existió hasta dicho suceso, por lo que la providencia proferida por el A quo, en cuanto reconoció la prestación solicitada a la demandante, a partir de abril de 2015, deberá ser CONFIRMADA, atendiendo a que se cumple el requisito mínimo de los 5 años de convivencia en cualquier tiempo.

Ahora bien, la parte demandante en su recurso de apelación manifiesta que la sustitución pensional debe darse en las mismas condiciones en que se otorgó la pensión de vejez al causante, por lo que en este caso, se debe condenar a la entidad al pago de 14 mesadas anuales, lo cual, a consideración de la Sala es acertado, por cuanto el señor IRINEO SEPÚLVEDA GÓMEZ gozaba de su pensión de vejez desde el 1 de junio de 1996, es decir, con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, época en la cual se encontraba vigente dicha mesada adicional, debiéndose entonces MODIFICAR la sentencia apelada en cuanto a que la prestación otorgada lo

es con 14 mesadas anuales; igualmente, es menester MODIFICAR igualmente el valor del retroactivo pensional en este sentido, a partir el 01 de abril de 2015, teniendo como base el valor de la mesada de \$798.263 en dicha anualidad, y hasta la fecha de la sentencia, valor que asciende a **\$68.056.533**, según la siguiente tabla:

DESDE		HASTA		IPC Inicial	IPC Final	Incremento Pensional Art. 14 L100	MESADAS
Año	Mes	Año	Mes		103,8		
2015	04	2020	07	82,47	103,8		\$798.263,00
2015	05	2020	07	82,47	103,8		\$798.263,00
2015	06	2020	07	82,47	103,8		\$798.263,00
2015	M13	2020	07	82,47	103,8		\$798.263,00
2015	07	2020	07	82,47	103,8		\$798.263,00
2015	08	2020	07	82,47	103,8		\$798.263,00
2015	09	2020	07	82,47	103,8		\$798.263,00
2015	10	2020	07	82,47	103,8		\$798.263,00
2015	11	2020	07	82,47	103,8		\$798.263,00
2015	12	2020	07	82,47	103,8	6,77%	\$798.263,00
2015	M14	2020	07	82,47	103,8		\$798.263,00
2016	01	2020	07	88,05	103,8		\$852.305,41
2016	02	2020	07	88,05	103,8		\$852.305,41
2016	03	2020	07	88,05	103,8		\$852.305,41
2016	04	2020	07	88,05	103,8		\$852.305,41
2016	05	2020	07	88,05	103,8		\$852.305,41
2016	06	2020	07	88,05	103,8		\$852.305,41
2016	M13	2020	07	88,05	103,8		\$852.305,41
2016	07	2020	07	88,05	103,8		\$852.305,41
2016	08	2020	07	88,05	103,8		\$852.305,41
2016	09	2020	07	88,05	103,8		\$852.305,41
2016	10	2020	07	88,05	103,8		\$852.305,41
2016	11	2020	07	88,05	103,8		\$852.305,41
2016	12	2020	07	88,05	103,8	5,75%	\$852.305,41
2016	M14	2020	07	88,05	103,8		\$852.305,41
2017	01	2020	07	93,11	103,8		\$901.312,97
2017	02	2020	07	93,11	103,8		\$901.312,97
2017	03	2020	07	93,11	103,8		\$901.312,97
2017	04	2020	07	93,11	103,8		\$901.312,97
2017	05	2020	07	93,11	103,8		\$901.312,97
2017	06	2020	07	93,11	103,8		\$901.312,97
2017	M13	2020	07	93,11	103,8		\$901.312,97
2017	07	2020	07	93,11	103,8		\$901.312,97
2017	08	2020	07	93,11	103,8		\$901.312,97
2017	09	2020	07	93,11	103,8		\$901.312,97
2017	10	2020	07	93,11	103,8		\$901.312,97
2017	11	2020	07	93,11	103,8		\$901.312,97
2017	12	2020	07	93,11	103,8	4,09%	\$901.312,97
2017	M14	2020	07	93,11	103,8		\$901.312,97
2018	01	2020	07	96,92	103,8		\$938.176,67
2018	02	2020	07	96,92	103,8		\$938.176,67
2018	03	2020	07	96,92	103,8		\$938.176,67
2018	04	2020	07	96,92	103,8		\$938.176,67
2018	05	2020	07	96,92	103,8		\$938.176,67
2018	06	2020	07	96,92	103,8		\$938.176,67
2018	M13	2020	07	96,92	103,8		\$938.176,67
2018	07	2020	07	96,92	103,8		\$938.176,67
2018	08	2020	07	96,92	103,8		\$938.176,67
2018	09	2020	07	96,92	103,8		\$938.176,67
2018	10	2020	07	96,92	103,8		\$938.176,67

2018	11	2020	07	96,92	103,8		\$938.176,67
2018	12	2020	07	96,92	103,8	3,18%	\$938.176,67
2018	M14	2020	07	96,92	103,8		\$938.176,67
2019	01	2020	07	100,00	103,8		\$968.010,68
2019	02	2020	07	100,00	103,8		\$968.010,68
2019	03	2020	07	100,00	103,8		\$968.010,68
2019	04	2020	07	100,00	103,8		\$968.010,68
2019	05	2020	07	100,00	103,8		\$968.010,68
2019	06	2020	07	100,00	103,8		\$968.010,68
2019	M13	2020	07	100,00	103,8		\$968.010,68
2019	07	2020	07	100,00	103,8		\$968.010,68
2019	08	2020	07	100,00	103,8		\$968.010,68
2019	09	2020	07	100,00	103,8		\$968.010,68
2019	10	2020	07	100,00	103,8		\$968.010,68
2019	11	2020	07	100,00	103,8		\$968.010,68
2019	12	2020	07	100,00	103,8	3,80%	\$968.010,68
2019	M14	2020	07	100,00	103,8		\$968.010,68
2020	01	2020	07	103,80	103,8		\$1.004.795,09
2020	02	2020	07	103,80	103,8		\$1.004.795,09
2020	03	2020	07	103,80	103,8		\$1.004.795,09
2020	04	2020	07	103,80	103,8		\$1.004.795,09
2020	05	2020	07	103,80	103,8		\$1.004.795,09
2020	06	2020	07	103,80	103,8		\$1.004.795,09
2020	M13	2020	07	103,80	103,8		\$1.004.795,09
2020	07	2020	07	103,80	103,8		\$1.004.795,09

<b>Total Mesadas</b>
----------------------

<b>\$68.056.533,82</b>
------------------------

Con respecto a este valor de la mesada pensional, se debe aclarar que si bien el retroactivo fue liquidado por el juez A quo con base en un salario mínimo mensual, y en la sustentación de su recurso de apelación, la parte demandante no se mostró inconforme con esto, esta Sala encuentra que, al haberse otorgado la pensión de vejez al señor SEPÚLVEDA GÓMEZ en el año 1996 en un valor de \$211.071, esta es superior al smlmv, por lo que se modificará el monto de la mesada base para la liquidación del retroactivo pensional, al ser aquel un derecho irrenunciable; esto, a pesar de que se resuelva en esta instancia el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES y con esta decisión, se esté desmejorando su situación.

En punto a la excepción de **prescripción** alegada por la demandada, se tiene que el señor SEPÚLVEDA GÓMEZ falleció el día 31 de marzo de 2015, y la señora demandante solicitó ante la entidad la prestación aquí debatida el día 12 de diciembre de 2017, interrumpiendo por una sola vez, a la luz del artículo 151 del CPTYSS, el término prescriptivo de 3 años, y al haber interpuesto la presente demanda ordinaria el día 17 de julio de 2018, no hay lugar a declarar probada la excepción propuesta.

Con relación a **los intereses moratorios** a cuyo pago, alegó la parte demandante, debe ser condenada COLPENSIONES, debe indicarse que los intereses contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago,

sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes (Sala de Casación Laboral C.S.J Sent. 33.161 del 31 de marzo de 2009), siempre y cuando no exista justificación para el retardo, pues si es evidente la misma, debe exonerarse a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

En este caso, es claro que la negación de la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad accionada, se dio en aplicación de la Ley, ya que la demandante no acreditaba los 5 años de convivencia con el señor SEPÚLVEDA GÓMEZ, habiéndose requerido la aplicación de una interpretación jurisprudencial de la norma, así como un extenso análisis por parte de esta Sala de la situación particular existente, derivando todo lo anterior, en el reconocimiento de la prestación pedida, por lo que es claro que la negativa de COLPENSIONES encuentra su justificación en la normativa ya mencionada, no siendo posible para esta Sala considerar procedente los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debiéndose CONFIRMAR la decisión apelada en ese sentido.

Con respecto al pago de las costas a que fue condenada COLPENSIONES en primera instancia, la cual solicitó en sus alegatos que se revocara, se debe indicar que en virtud del numeral 1 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, y al haber sido la sentencia proferida por el A quo, contraria a los intereses de la entidad, y al haberse opuesto esta a las pretensiones de la demanda, es procedente la condena en costas impuesta en la sentencia apelada y consultada, debiéndose confirmar la misma.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$877.803 m/cte.) a cargo la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y en favor de la señora CARMEN ROSA VILLAMIZAR HERNANDEZ, conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura y a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **VIII. RESUELVE**

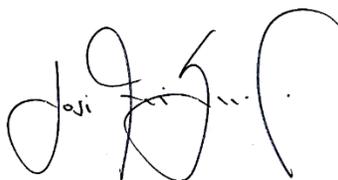
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 28 de mayo de 2019, en cuanto reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de la señora CARMEN ROSA VILLAMIZAR HERNANDEZ a partir de abril de 2015, conforme a las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO: MODIFICAR** la sentencia apelada y consultada, en cuanto a que la prestación otorgada lo será con 14 mesadas anuales.

**TERCERO: MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO** de la sentencia apelada y consultada, con relación al valor del retroactivo pensional, el cual corresponde a **\$68.056.533**.

**CUARTO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$877.803 m/cte.) a cargo la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y en favor de la señora CARMEN ROSA VILLAMIZAR HERNANDEZ, conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura y a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

**NOTIFÍQUESE**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

**MAGISTRADO**



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ**

**MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 062 , fijado hoy en la  
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.  
Cúcuta, 3 de agosto de 2020.



---

SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
Distrito Judicial de Cúcuta  
SALA LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL  
RAD. JUZGADO: 54001-31-05-002-2016-00095-00  
PARTIDA TRIBUNAL: 18015  
JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA  
DEMANDANTE: MARIO EMMANUEL TELLO PINTO  
ACCIONADO: CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER  
ASUNTO: CONTRATO DE TRABAJO  
TEMA: APELACIÓN.

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**MAGISTRADO PONENTE**

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (N. de S.), procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-001-2016-00095-00 y P.T. No. 18015 promovido el señor MARIO EMANUEL TELLO PINTO a través de apoderado judicial contra de la EMPRESA CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes,

**I. ANTECEDENTES.**

El demandante solicita que se condene a CENS S.A. E.S.P. a reintegrarlo a un cargo igual o superior categoría, a pagar un salario convencional similar a los demás subgerentes, al incremento del mismo conforme a los aumentos efectuados año a año, a reliquidar la indemnización por terminación unilateral del contrato, la cual deberá darse conforme al verdadero salario con la inclusión de los factores salariales de carácter convencional: prima de servicios y carestía y prima de antigüedad y desgaste físico, prima convencional de vacaciones, en general, liquidar las prestaciones al tenor del art. 34 del CST. Al pago de los derechos convencionales, al pago de la pensión convencional de jubilación, a la reliquidación de las prestaciones sociales, a incluirse el subsidio de energía y de los aportes a salud debiendo cancelar retroactivamente los valores cancelados durante la relación laboral por concepto de energía y aportes a salud;

reliquidación del auxilio de rodamiento, cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, sanción moratoria del art. 65 del CST, al pago del excedente en los aportes a seguridad social en salud y pensiones, el pago retroactivo de las sumas adeudadas y la condena en costas procesales.

## **II. HECHOS**

Manifestó el actor que fue contratado por parte de la empresa CENS desde el 23 abril de 2004 mediante contrato a término indefinido en el cargo de sugerente de comercialización, que no es dable asignarle una categoría P4 la cual fue creada con la llegada de la CCTV de fecha 2004-2008 en el parágrafo 1 de la misma, que fue ilegal porque se categorizó mediante criterios subjetivos y no puede citarse la cláusula tercera. Que su contrato terminó unilateralmente y sin justa causa, además, que al momento del despido, se encontraba protegido por la garantía de estabilidad laboral reforzada por discapacidad.

## **III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.**

**CENS S.A. E.S.P.** a través de su apoderado judicial contestó la demanda, aceptando algunos hechos y oponiéndose a todas las pretensiones alegando que la CCTV entre CENS y SINTRAELECOL (2004-2008) vigente para la época en que el actor inició y terminó el vínculo contractual, de manera expresa excluyó los beneficios convencionales a los cargos directivos asociados a nivel salarial P4. Que en el contrato de trabajo suscrito entre las partes, se dispuso que el cargo desempeñado por el trabajador fuera de dirección, manejo y confianza, de igual forma, que gozaría de un salario integral y que quedaba excluido de la aplicación de la norma convencional. Que CENS utilizó la facultad otorgada por el art. 64 del CST para terminar el contrato de trabajo de manera unilateral con el convencimiento de que el trabajador no es sujeto de especial protección del Estado ni persona en circunstancias de debilidad manifiesta, como tampoco le es aplicable el retén social. Propuso como excepciones de mérito, la reclamación de lo no debido, la exclusión de los beneficios convencionales por su condición de directivo, la compensación por pagos realizados y la prescripción.

## **IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha 21 de febrero de 2018, **ABSOLVIÓ** de todas las pretensiones a la entidad demandada CENS S.A. E.S.P. incoadas por el demandante MARIO EMANUEL TELLO PINTO y condenó en costas a la parte vencida.

El A quo argumentó que el demandante no reúne los presupuestos previstos en el art. 26 de la Ley 361 de 1997 para acceder a la garantía de estabilidad laboral reforzada; que conforme a las pruebas documentales aportadas, estas son: la convención colectiva de trabajo vigente actualmente del 2004, el contrato de trabajo y las declaraciones rendidas en audiencia, al demandante no le es aplicable los beneficios convencionales.

## **V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

El apoderado judicial del demandante, interpuso recurso de apelación solicitando revocar la sentencia anterior, en el sentido de que se condene a CENS S.A. E.S.P., al reconocimiento de todas las pretensiones incoadas en la demanda, conforme a los siguientes argumentos: Solicita dársele aplicación a lo señalado por la Corte Constitucional respecto a la estabilidad laboral reforzada de las personas que se encuentren disminuidos física y sensorialmente (sentencias T317-2010, T461-2015, T317-2017 y SU049 del 2017); al encontrarse acreditado que el demandante reportó un accidente de trabajo durante la vinculación laboral, por lo que, considera que no podía ser terminado su contrato de trabajo.

Que el demandante Mario Tello no fue vinculado por la empresa demandada mediante el cargo de categoría P4, análisis que considera, omitió el Juez de primera instancia, razón por la cual, le es aplicable la convención colectiva de trabajo 2004-2008 junto con todos sus beneficios, siendo procedente el reintegro a un cargo igual o de mayor jerarquía. Además, dice que se demostró que CENS actuó de mala fe, cuando en actos previos al despido acontecido el 10 de julio de 2014, la doctora Vilma Peña Angulo en su condición de Jefe del Área de gestión humana y organizacional, envió un comunicado al señor Mario Tello actualizando las funciones del cargo, "artimaña" que usó la empresa para adecuar el cargo a gerente de comercialización P4 y justificar la terminación unilateral y sin justa causa.

Que la empresa demandada vulneró el principio de igualdad, los derechos a la asociación sindical y los derechos a los beneficios de la convención colectiva vigente, y trae como ejemplo, el caso de la señora Carmen Yolanda Porras Carrillo que pasó de un cargo de menor categoría a un cargo normal el día 15 de marzo de 2005, estando vigente la CCTV 2004-2008 y le mantuvieron los derechos convencionales con la justificación del contenido en el Acta No. 711 del 24 de septiembre de 2011 proferida por la Junta Directiva de CENS, debiéndosele aplicar en iguales condiciones al demandante.

Que el Juez A quo omitió analizar la declaración rendida por el testigo William Mondragón quien fue subalterno del demandante y reemplazó en sus funciones cuando lo despidieron sin justa causa.

Que el Juez de primera instancia erró cuando manifestó que se configuró una renuncia expresa y tácita, al interpretar la cláusula del contrato de trabajo, ya que ésta no reúne las solemnidades de la legislación civil colombiana, donde a la persona se le exige firmar de manera libre y espontánea la mencionada renuncia.

Que el Juez A quo omitió analizar la reliquidación del componente prestacional con la inclusión del auxilio de rodamiento, que de antaño es conocido como bonificación que de forma consuetudinaria entrega el empleador, constituyéndose salario, ratificada en el Acta No. 570 del 12 de julio de 1996, no obstante que el mismo convenio diga que no constituye salario ya que en esta situación, no se encuentra inmersa la voluntad del trabajador.

Por último, reiteró que el señor MARIO TELLO no fue P4, que fue mal desvinculado, que tiene derecho a la totalidad de derechos pedidos en la demanda en torno a la

reliquidación, reintegro y la totalidad de los beneficios convencionales, debidamente indexados y con el pago de los intereses por mora.

## **VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**El apoderado judicial del demandante mediante comunicado enviado al correo institucional de la Secretaría de esta Sala el día 16 de julio de 2020,** presentó los alegatos de conclusión ratificando lo dicho en el recurso de apelación, argumentando que el demandante Mario Emanuel Tello Pinto al vincularse a CENTRALES ELECTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A E.S.P, el día 23 de abril de 2004 en el cargo de SUBGERENTE DE COMERCIALIZACION, no se estipuló en el CONTRATO que dicho cargo tenía la condición de categoría P4, razón por la que consideró, que es aplicable la CCTV del año 2004-2008. Consideró que de la CLAUSULA TERCERA Y CUARTA del contrato de trabajo suscrito por el demandante con la empresa demandada, vulneró el derecho a la igualdad y desvelan un trato diferencial. Insiste que la VOLUNTAD del trabajador no quedo implícita dentro de esta CLAUSULA toda vez que el mismo no hace una manifestación clara acerca de la RENUNCIA que a todas luces fue impuesta solo por el EMPLEADOR y que a su vez a lo largo de la relación laboral MUTO a la de la COBERTURA por extensión de la CONVENCION COLECTIVA DEL TRABAJO, toda vez que dentro de la facultad potestativa de la JUNTA DIRECTIVA DE CENTRALES ELECTRICAS DE NORTE DE SANTANDER la entidad a través de su GERENTE de la época, otorgo beneficios CONVENCIONALES por su propia discrecionalidad al actor MARIO EMMANUEL TELLO PINTO, respecto a los BENEFICIOS de AUXILIO DE EDUCACION Y AUXILIO DE VIVIENDA, con lo que queda patente que el propio EMPLEADOR dejo plasmado en la realidad e inclusive bajo la fenomenología de la PRIMACIA DE REALIDAD su voluntad de reconocer y otorgar BENEFICIOS contemplados en la CONVENCION COLECTIVA DEL TRABAJO 2004-2008, conforme a los criterios expuestos por la Honorable CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION LABORAL, en Sentencia SL 5159-2018 que las RENUNCIAS a los preceptos CONVENCIONALES no son absolutos. Arguye que el actor recibió servicios médicos que es otra prerrogativa CONVENCIONAL descrita en el artículo 56 de la CONVENCION COLECTIVA DEL TRABAJO 2004-2008, lo cual desmienten la ausencia de cobertura CONVENCIONAL.

Que se demostró el DESPIDO UNILATERAL Y SIN JUSTA CAUSA por parte de CENTRALES ELECTRICAS DE NORTE DE SANTANDER SA ESP a la violación del texto CONVENCIONAL 2004-2008 con el actuar en el caso del Ex trabajador MARIO EMMANUEL TELLO PINTO, violándose entre otros artículos el 13.

Que CENTRALES ELECTRICAS DE NORTE DE SANTANDER SA ESP estableció un COMITÉ DE ESCALAFON, CAPACITACION Y ASCENSO, para desvincular al actor, pero sí le reconoce beneficios convencionales y su cargo es REESTRUCTURADO con un estamento creado en virtud o por ministerio CONVENCIONAL, como se lee en el artículo 51 de la CONVENCION COLECTIVA DEL TRABAJO 2004-2008 otra prueba más de que le era aplicable el texto extra legal.

Que posterior al despido, su cargo se mantuvo con la misma denominación SUBGERENTE DE COMERCIALIZACION, como inclusive lo corroboró el señor William Mogollón quien reemplazó al demandante, configurándose la terminación del contrato sin justa causa, aduciendo el cambio o rediseño organizacional a la estructura administrativa.

Que por ACTA DE JUNTA DIRECTIVA No. 711 de 24 de septiembre de 2011 se aprobó conservar para ciertos funcionarios directivos los beneficios convencionales que al demandante le fueron negados, pero que a personas como CARMEN YOLANDA PORRAS le fueron incólumes a pesar de ingresar el 15 de marzo de 2005 y sin que esta ACTA DE JUNTA DIRECTIVA rigiera o existiera.

**La apoderada judicial de la empresa CENS S.A. E.S.P.**, a través de comunicado enviado al correo institucional de la Secretaría de esta Sala el día veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020) presentó los alegatos de segunda instancia, manifestando que, en el trámite de primera instancia quedó demostrado que para la fecha de comunicación de la terminación del contrato de trabajo al señor MARIO EMMANUEL TELLO PINTO, este no se encontraba en una situación de incapacidad ni tampoco se encontraba dentro de los parámetros de mecanismos de protección al cesante que establece la Ley 1636 de 2003, ni mucho menos se encontraba dentro de los presupuestos de la ley frente a la argumentada vulneración de la protección reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P. y su sindicato SINTRAELECOL (2004-2008) vigente para la época en que el señor demandante MARIO EMANUEL TELLO PINTO inició y terminó el vínculo contractual con la empresa demandada, de manera expresa excluyó de los beneficios convencionales a los cargos directivos asociados a nivel salarial P4 en la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P.

Dice que jurisprudencialmente la Corte Suprema de Justicia ha admitido la exclusión del ámbito de aplicación por convenio entre las partes de ciertos trabajadores, generalmente directivos de la empresa, dado su carácter de representantes del empleador o incluso sin necesidad de acuerdo expreso, en tratándose de representantes o negociadores de la parte patronal como ocurre por ejemplo con el personal directivo de algunas empresas públicas.

## **VII. CONSIDERACIONES**

### **Principio de Consonancia.**

Conforme a lo previsto en el Art. 69 A del CPT y SS adicionado por el art. 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala de Decisión aclara lo siguiente, si bien es cierto que el apoderado judicial recurrente manifestó en el recurso de apelación que la sentencia debía ser revocada en su totalidad y al inicio de su discurso mencionó cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, esta Sala resolverá las inconformidades debidamente fundamentadas durante la apelación y aquellas que sean fuente de derechos ciertos e indiscutibles a favor del trabajador, siguiendo la orientación

adoctrinada por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencias de radicado SL4981-2017, SL5159-2018 y SL2010 del 2019, entre otras y la sentencia C-968-2003 que en lo pertinente señalan:

(...) Esta Sala de la Corte, al respecto, ha sostenido que la consonancia obliga al juez a pronunciarse respecto a los temas expresamente apelados, de modo que entre lo que es objeto de impugnación y lo resuelto por el Tribunal, exista una relación de correspondencia, a no ser que en la segunda instancia se verifique la presencia de «*derechos mínimos irrenunciables del trabajador*»

La posibilidad real de apelar, sin embargo, -precisa la Sala- presupone la existencia de materias o puntos que puedan ser controvertidos. Esto si se tiene en cuenta que la apelación es un ejercicio dialéctico, en el cual la parte inconforme discute a través de argumentos y razonamientos la decisión de primer nivel. La parte que apela intenta demostrar una tesis contraria a la sostenida por el juzgado y persuadir al superior funcional de la corrección de su argumento. Por ello, es lógico que para que pueda darse este contraste de ideas y puntos de vista debe existir en el fallo combatido temas discutibles. Dicho de otro modo: no se trata de apelar por el prurito de hacerlo o argumentar «*al vacío*» sobre temas que no han sido ni siquiera analizados. Lo relevante es que la parte tenga *posibilidades argumentativas* o puntos a los cuales puedan dirigir ataques argumentales.

## **Problemas Jurídicos.**

Entonces, teniendo en cuenta los hechos debatidos en primera instancia, los argumentos expuestos por el Juez A quo y los fundamentos del recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver son:

1. Determinar si el demandante para el momento de la terminación del contrato gozaba de la estabilidad laboral reforzada prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1994, siendo procedente la condena a la indemnización prevista.
2. Establecer si el demandante Mario Emanuel Tello Pinto es beneficiario de la Convención Colectiva del Trabajo Vigente 2004-2008 celebrada entre CENS S.A. E.S.P. y el sindicato "SINTRAELECOL", en dado caso, se estudiaría el procedimiento convencional para el reintegro, a un cargo igual o de mayor jerarquía a aquel que desempeñaba al momento en que fue despedido por la demandada, junto con los salarios dejados de percibir y todos los beneficios convencionales.
3. En forma subsidiaria, verificar si la demandada tiene la obligación de realizar la reliquidación al pago de la indemnización por despido injusto, al incluir la prima de servicios y carestía, prima de antigüedad y desgaste físico, prima convencional de vacaciones, subsidio de energía y aportes en salud, auxilio de rodamiento como factor salarial, a la reliquidación de las cesantías y al reajuste de los aportes al sistema integral de seguridad social.
4. Si es positiva la respuesta anterior, determinar si las condenas deben ser indexadas junto con los intereses en mora a la máxima legal según lo pedido por el apoderado.

## **Solución del Primer Problema Jurídico.**

Como es sabido, la Ley 361 de 1997 consagra el principio de la estabilidad laboral reforzada para las personas con limitación física, en virtud del cual estas no pueden ser despedidas por razones de su limitación, salvo que la terminación del contrato sea autorizada por el Ministerio de Protección Social; y a su vez integra la sanción a la que tiene derecho el trabajador, cuando el empleador haya obviado la aludida autorización.

Igualmente, el art. 5 de la mencionada ley, establece que “Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud”, y en que en “Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley”.

Ahora bien, sobre el correcto entendimiento del art. 26 de la ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en Sentencias N° 32532 de 15 de Julio de 2008, Magistrada Ponente, ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, STL6249 del 3 de mayo de 2015 M.P. Doctor Fernando Castillo Cadena entre otras indicaron en lo pertinente que, el trabajador que busque protección en virtud de la estabilidad laboral reforzada, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, debe aportar una prueba que lo califique como limitado físico, en los términos del artículo 5°, en tanto, la indemnización de 180 días, opera únicamente cuando el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral mayor al 15%, y que el empleador conozca tal situación y termine la relación laboral por esta causa, sin la respectiva autorización del Ministerio de la Protección Social.

De suerte que para declarar la ineficacia del despido sufrido por el demandante, éste debe acreditar los siguientes presupuestos:

- Que la enfermedad produzca una pérdida de capacidad laboral superior al 15%.
- Que el empleador conozca del estado de discapacidad del trabajador.
- Que el despido se produzca por causa de la discapacidad, y se realice sin la previa autorización del Ministerio de Protección Social.

## **Caso en concreto.**

Ahora, respecto a la configuración de la estabilidad laboral reforzada consecuente con la aplicación de la Ley 361 de 1997, esta Sala considera que dicha pretensión será despachada en forma desfavorable al demandante, ya que si bien es cierto el señor Mario Emanuel Tello Pinto sufrió accidente de trabajo reportado el día 17 de mayo de 2011 (fls.13 y 58), se tiene que según la historia clínica vista a fls 59-67 y las valoraciones del médico especialista en cirugía ortopédica de rodilla Dr. Omar Páez (fls.215-216), el paciente reportó buenas condiciones médicas, posterior al procedimiento quirúrgico, por lo cual, se le reconocieron incapacidades médicas los días 30 de junio al 29 de julio de 2011 y del 30 de julio al 28 de agosto de 2011; es decir, para la terminación del vínculo contractual el día 14 de julio de 2014 (fls.77), ya habían transcurrido 3 años desde el accidente, sin que a la fecha, presentara deterioro en sus condiciones de salud; aunado a ello, al revisar el examen de egreso visto a folio 84, suscrito por el médico en salud

ocupacional Dr. Giovanni Mandón Navarro el día 30 de julio de 2014, la observación manifestada fue la remisión al médico fisiatra, valoración que no fue aportada al expediente.

Así las cosas, para el momento de la terminación del contrato de trabajo (14 de julio de 2014), el demandante no reunía el presupuesto de PCL superior al 15% tal como fue analizado en precedencia, razón por la cual, no gozaba la garantía consagrada en la Ley 361 de 1997 para acceder al reconocimiento de la indemnización prevista en el art. 26 de dicha normatividad, motivo por el cual la decisión de primera instancia deberá ser CONFIRMADA respecto a dicha pretensión.

Ahora, el apoderado judicial recurrente solicita dar aplicación de la sentencia de unificación SU- 049 de 2017 proferida por la Corte Constitucional, solicitud que no es procedente en este asunto, en primer lugar porque esta Sala en reiterados pronunciamientos ha seguido la línea jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria según lo analizado en precedencia, orientación del precedente judicial vertical y segundo, al comparar los supuestos fácticos de la sentencia de unificación mencionada con el caso controvertido, claramente son disímiles y no es procedente acudir a la interpretación analógica, ya que si bien es cierto en la providencia de la Corte Constitucional no se exige la calificación de PCL moderada para acceder a la garantía de la estabilidad laboral reforzada, sí establece como parámetro principal, que la persona tenga una afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, situación que claramente no se presenta en este caso ya que para la fecha de su desvinculación, esto es, 14 de julio de 2014, el señor Tello Pinto no presentaba ninguna limitación física o funcional, no reportó incapacidades y/o atenciones médicas que pudieran generar dificultad en la capacidad para ejercer sus labores, luego entonces, la decisión de primera instancia deberá ser confirmada y el problema jurídico resuelto en forma desfavorable a los intereses del demandante.

### **Solución del Segundo Problema Jurídico.**

#### **Normatividad aplicable.**

Con el fin de resolver el segundo problema jurídico planteado, se hace preciso señalar que la convención colectiva tiene en principio un campo de aplicación que está determinado por la ley: así se desprende de los artículos 470, 471 y 472 del CST. Sin embargo, ese marco legal no excluye lo que sobre el particular convengan los contratantes, pues nada ilícito habrá en un consenso en tal sentido, ya que con ello no hay ninguna trasgresión del orden legal.

Así es que, según lo previsto en el artículo 467 del CST, la convención colectiva de trabajo cuenta con fuerza normativa, conforme al cual estos acuerdos se suscriben entre

una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias agremiaciones de trabajadores, por la otra, "...para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia". De igual modo, encuentra asidero en el derecho a la negociación colectiva previsto en el artículo 55 CN y los Convenios 98, 151 y 154 de la OIT, además en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual, los individuos y colectivos poseen la capacidad, en uso de su razón, de imponerse normas que regulen sus relaciones sociales.

Entonces, a través de la convención colectiva de trabajo, los empleadores y asociaciones sindicales de trabajadores tiene la posibilidad de dictar para sí, *normas sobre trabajo*. En ese instrumento, se prevén, en consecuencia, las condiciones que habrán de regular las relaciones de trabajo y empleo, las obligaciones y derechos de los sujetos, así como otros aspectos que las partes decidan acordar libremente.

De ahí que la convención colectiva de trabajo haya sido reconocida por excelencia como una fuente autónoma de derecho, en tanto que, a la par con la ley, los reglamentos, el laudo arbitral y otras normas laborales, establecen derechos, obligaciones, deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo (ver sentencias SL15605-2016, SL16811-2017 y SL4971-2018).

En la sentencia SL16811 del 2017 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó en lo pertinente lo siguiente:

(...) las estipulaciones de los acuerdos pueden transitar desde el establecimiento de mejores condiciones de trabajo y de empleo, orientadas a mejorar la calidad de vida, la formación y la igualdad entre los trabajadores, hasta aquellos arreglos encaminados a superar las caídas y las crisis económicas, proteger las fuentes de empleo y permitir la adaptabilidad de las empresas. Tal sería el caso de las cláusulas relativas al número de personas a contratar, supresión de puestos, traslados, entre otras medidas que dan cuenta del fin genuino de las convenciones colectivas de servir de instrumento de diálogo social para la edificación de relaciones de trabajo constructivas, cooperadas y estables, donde todos los interlocutores sociales puedan crecer y prosperar conjuntamente. (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, resulta necesario recordar que en sentencia SL7805 del 2016 la Corte Suprema de Justicia señaló que las cláusulas de exclusión de beneficios convencionales a algunos cargos específicos son legítimas, pero deben ser interpretadas restrictivamente en la medida en que limitan el derecho de algunos trabajadores para acceder a prerrogativas que otros sí habrán de disfrutar, por lo que es necesario analizar el espectro de exclusión en función del principio de igualdad.

### **Análisis de las pruebas.**

De acuerdo con las pruebas documentales oportunamente allegadas al expediente y que gozan de plena validez al no ser tachadas de falsedad por las partes, no existe

discusión en que el demandante Mario Emanuel Tello Pinto fue vinculado a la empresa CENS S.A. E.S.P., mediante contrato de trabajo a término indefinido suscrito por ambas partes el 23 de abril de 2004 (fls.16-18 y 168-169), donde se estipuló: que el trabajador ejercerá el cargo de “SUBGERENTE DE COMERCIALIZACIÓN” adscrito a la Gerencia con sitio de trabajo Cúcuta, desde el 12 de abril de 2004, que el cargo es de dirección, manejo y confianza, categorización aceptada por el trabajador; la CLAUSULA CUARTA dice: “(...)Igualmente se deja constancia que el TRABAJADOR queda excluido de la Convención Colectiva de Trabajo existente en la Empresa, y de los beneficios convencionales el cual renuncia expresa y tácitamente en el presente contrato.” Y la CLAUSULA NOVENA dice: “(...) El trabajador no tendrá derecho a los beneficios contemplados en la Convención Colectiva de Trabajo vigente”.

Así mismo, la CCTV 2004-2008 celebrada entre CENS S.A. E.S.P. y el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “SINTRAELECOL” (CD fl. 122 y 170-195) depositada en el Ministerio de Protección Social Regional Norte de Santander el día 04 de febrero de 2004 y que en la actualidad se encuentra vigente, estableció en el artículo 1º párrafo 1º lo siguiente:

A partir de la vigencia de la presente Convención Colectiva de Trabajo, quienes ingresen a ocupar en la Empresa cargos directivos asociados a nivel salarial P4 de la escala salarial vigente, se excluyen de los beneficios Convencionales. Para los directivos actuales se respetarán los derechos adquiridos. El proceso de selección y vinculación se realizará a través de convocatoria a concurso de conformidad con el procedimiento establecido.

### **Fundamentación del Recurso: cargo tabla escala P4.**

De las pruebas anteriores, el apoderado judicial del demandante asegura que, la actuación de CENS S.A. E.S.P. al determinar la no aplicación de la CCTV 2004-2008 vigente a la fecha a favor del actor, va en “*contravía con la legislación actual y los derechos de los trabajadores*” y enfatiza su discurso en que el contrato laboral traído a folios 14-18, no establece textualmente que el cargo ejercido por el señor Tello Pinto tenía la categoría P4.

En claro lo anterior, la inconformidad que plantea el recurrente se contrae a establecer si se equivocó la empresa CENS S.A. E.S.P., al considerar que el cargo desempeñado por el actor se encontraba cobijado por la exclusión prevista en la Convención Colectiva de Trabajo respecto al cargo de “SUBGERENTE DE COMERCIALIZACIÓN” y encuadrarlo a los cargos directivos asociados al nivel salarial P4.

En este sentido, se hace preciso recordar que la CCTV 2004-2008 celebrada entre CENS S.A. E.S.P. y el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “SINTRAELECOL” (CD fl. 122 y 170-195) fue depositada en el Ministerio de Protección Social Regional Norte de Santander el día 04 de febrero de 2004 y el contrato laboral a

término indefinido por las partes fue suscrito en el mes de abril de 2004, para lo cual, lo acordado en la norma convencional es ley para las partes, según lo analizado en precedencia en aplicación al art. 467 del CST; así mismo, la norma convencional al constituirse en un acuerdo bilateral entre los trabajadores sindicales y empleadores, puede regular libremente las condiciones de trabajo, creando obligaciones y derechos, así como también, puede limitar o excluir su aplicabilidad a cierto grupo de trabajadores sin transgredir la libertad sindical.

En punto de debate, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicado 37307 del 21 de septiembre de 2010, en la que se rememoró la sentencia de rad. 26726 del 11 de mayo de 2006 reiterada en la del 15 de octubre de 2008, Rad. 33994, señaló:

De otra parte, no puede perderse de vista que en términos generales, en una organización empresarial hay varias clases de servidores, por ejemplo, de un lado, un nivel directivo que desarrolla, ejecuta y lleva adelante las políticas de la empresa bajo una cabeza visible, cuyos integrantes tienen poder de subordinación y de representación de la empresa que conlleva a su vez la posibilidad de comprometer los intereses de la misma frente a cualquier persona, y otro nivel que está integrado por trabajadores que naturalmente no tienen esa capacidad de representación y compromiso del empleador y solamente realizan una actividad concreta planificada y organizada previamente por el nivel primeramente señalado.

Sobre el particular, la Corte Suprema, en sentencia del 1º de junio de 1954, sentó la siguiente orientación:

“Los cargos de dirección se caracterizan porque quienes los desempeñan: a) Actúan en función no simplemente ejecutiva, sino conceptiva, orgánica y coordinativa, múltiple, esencialmente dinámica que persigue el desarrollo y buen éxito de la empresa o servicio considerado como abstracción económica o técnica, a diferencia del trabajo ordinario que no lleva sino su propia representación y cuya labor se limita a la ejecución concreta de determinada actividad dentro de los planos señalados de antemano por el impulso directivo; b) Ocupan una posición especial de jerarquía en la empresa o servicio con facultades disciplinarias y de mando sobre el personal ordinario de trabajadores y dentro de la órbita de la delegación, jerarquía que por regla general coincide con el alto rango del cargo, pero sin que esta coincidencia sea forzosa o esencial, pues el criterio no es formal sino sustancial y por lo tanto, se estructura únicamente sobre la naturaleza de la función que realice el trabajador... c) Obligan al patrono frente a sus trabajadores, según lo preceptuado por el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo; d) Están dotados de determinados poder discrecional de autodecisión cuyos límites resultan de la ubicación que ocupen en la escala jerárquica o, en último término, de la voluntad superior del empleador; e) Cuando la gestión no es global, son elementos de coordinación o enlace entre las secciones que dirigen y la organización central; f) Finalmente, y por todo lo anterior, constituyen un tipo intermedio de trabajador entre el patrono a quien representan y el común de los demás asalariados. En esta categoría y como ejemplos puramente enunciativos, están incluidos los gerentes, administradores, mayordomos, capitanes de barco etc.”.

En esas condiciones, la señalada protección del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, tiene como destinatarios específicos a los trabajadores comunes y ordinarios de una empresa, entendida esta como una unidad de explotación económica, y no aquellos que por su cargo y jerarquía se confunden con el empleador mismo en tanto ostentan un poder de dirección y mando que lo comprometen, confundiendo sus intereses personales con los de la organización. Permitir a estos que a través del conflicto colectivo económico puedan mejorar sus condiciones de trabajo, sería tanto como permitir que fueran juez y parte y se aprovecharan en beneficio propio de sus

especiales ubicaciones dentro de la escala jerárquica de la empresa, lo cual es contrario a la moral y la ética.

Así las cosas, conforme a la línea jurisprudencial anterior, resulta legítimo excluir de los beneficios convencionales a los trabajadores que desempeñan cargos directivos en una empresa, indicativos que no vulneran el derecho a la libre asociación sindical.

Descendiendo al caso, según el contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la empresa demandada, se estableció que el cargo de “SUBGERENTE DE COMERCIALIZACIÓN” es de dirección, manejo y confianza, es decir, está dentro de la naturaleza de los cargos directivos; así mismo, en la cláusula CUARTA se dispuso un salario integral para el año 2004 de seis millones de pesos (\$6'000.000.00) y, a folio 175 reverso, la CCTV 2004-2008 estableció la TABLA SALARIAL la cual categoriza el nivel y el grado de cada trabajador según el salario percibido, determinándose que el NIVEL Y EL GRADO va desde el A1 hasta el P4-3, oscilando entre los niveles P4-1 al P4-3, salarios entre \$3'074.085.00 hasta \$3'196.131.00.

Luego entonces, si bien es cierto, el contrato de trabajo no estipuló de forma literal que el demandante TELLO PINTO se encontraba en el NIVEL SALARIAL P4, es claro y evidente que al acudir a la norma convencional, el cargo de SUBGERENTE DE COMERCIALIZACIÓN no goza de los beneficios convencionales, exclusión permitida por el ordenamiento jurídico al constituirse en un cargo DIRECTIVO, por lo que, no son acertados los argumentos del apoderado judicial recurrente cuando dice que el contrato laboral vulneró el derecho a la libre asociación y tampoco, cuando dice que CENS S.A., no tenía conocimiento de la categorización que ostentaba el demandante al momento de suscribir el contrato de trabajo, que como ya se explicó, fue firmado en fecha posterior a la convención colectiva de trabajo 2004-2008.

### **Fundamentación del Recurso: actos previos a la terminación de contrato.**

Por otra parte, el apoderado judicial del demandante aseguró que la empresa demandada CENS S.A. E.S.P. realizó “*actos previos dolosos que dieron al traste con el despido del demandante*”, haciendo referencia al procedimiento de rediseño organizacional y de cara a la conformación del Grupo Empresarial EPM, junto con la actualización de las descripciones de Cargos, pasos que justificaron la terminación del contrato de trabajo unilateralmente y sin justa causa.

En estas condiciones, para determinar la presunta vulneración al debido proceso administrativo invocado por parte de CENS S.A. E.S.P., se acudirá a lo señalado en el artículo 51 de la norma convencional que dispone:

## **CAPITULO V.**

## **ESCALAFÓN, CAPACITACIÓN Y ASCENSO.**

### **Artículo 51. Funciones del Comité.**

La empresa y los trabajadores mantendrán un Comité bilateral compuesto por tres (3) personas de la Empresa y tres (3) en representación de los trabajadores, dos (2) por la Subdirectiva de Cúcuta y uno (1) por la Subdirectiva de Ocaña. Este Comité estará coordinado por el Jefe del Departamento de Administración del Talento Humano. Cada uno de los representantes por las partes tendrá el respectivo suplente.

Funciones del Comité.

- a. Actualizar, reglamentar y recomendar el plan de capacitación de los trabajadores.
- b. Actualizar y recomendar el manual de funciones cuando se requiera.
- c. Estudiar y recomendar las solicitudes de los trabajadores relacionadas con: Recalificación de cargos, ascensos y promociones dentro del escalafón.
- d. Estudiar la actualización y reglamentación del manual de procedimiento de selección, capacitación, rotación y promoción del personal.
- e. Cuando la Empresa por razones de su desarrollo implemente nuevas políticas que afecten la estructura escalafonaria, éstas serán sometidas a previo estudio del Comité de Escalafón, quien someterá las conclusiones a la gerencia para su aprobación final (...)"

Siguiendo las disposiciones de la norma anterior, los días 8 y 9 de julio de 2014 CENS S.A. E.S.P., levantó un ACTA COMITÉ DE ESCALAFÓN, CAPACITACION Y ASCENSO suscrita por representantes de la empresa, del sindicato SINTRAELECOL y el gerente general (fls.86-89 y 235-237), con el objetivo de estudiar y recomendar sobre la actualización de las descripciones de Cargos, según lo estipulado en el literal b. artículo 51 de la CCTV, con base en el rediseño organizacional y de cara a la conformación del Grupo Empresarial EPM, donde se presentaron los siguientes cargos directivos:

- Subgerente Distribución Zona Norte.
- Subgerente Subestaciones y Líneas.
- Jefe Área de Coordinación Financiera.
- Jefe de Área gestión comercial,
- Jefe de Área Secretaría General.
- Jefe Área Servicios Cooperativos.
- Jefe Unidad Gestión Operativa.
- Jefe Unidad Proyectos.

A folios 71-76 y 202-204 se aportó un comunicado del 09 de julio de 2014 suscrito por la Jefe del Área de Gestión Humana y Organizacional (e) de CENS, la doctora Vilma Peña Angulo, donde se le comunicó al señor Tello Pinto la Descripción de Cargos según su trabajo ejercido de "SEBGERENTE COMERCIAL"; con fecha de actualización del 12

de junio de 2014, donde fue categorizado con la jerarquía del cargo: Directivo-Nivel P4, se establecen las funciones básicas, específicas, complementarias y comunes.

El día 10 de julio de 2014 CENS S.A. E.S.P comunicó al actor la terminación de contrato de trabajo sin justa causa, argumentando en lo pertinente lo siguiente:

“(…) en virtud al rediseño organizacional y de cara a la conformación del Grupo Empresarial EPM, está implementando una estructura administrativa que facilite la unidad de propósito como Grupo. En dicha estructura, no figura el cargo de “Subgerente Comercial” que actualmente Usted desempeña, razón por la cual se hace necesario prescindir de sus servicios.

Por lo expuesto esta Electrificadora de conformidad con el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo ha decidido, dar por terminado unilateralmente y sin justa causa su contrato de trabajo individual de trabajo a término indefinido a partir del 14 de julio de 2014, catalogado como de dirección, confianza y manejo.

En consecuencia, se le reconocerá la indemnización por valor de \$54'582.969 según lo estipulado en artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002 (…)

De las pruebas aportadas por la parte demandada, se visualiza a folios 225 al 228, las liquidaciones recibidas correspondientes a las vacaciones y gastos de rodamiento equivalente a \$1'465.448 y a la indemnización por terminación unilateral del contrato individual de trabajo sin justa causa desde el 12 de abril de 2004 hasta el 14 de julio de 2014 con salario integral de \$10'320.743, en la suma de \$46'446.210.oo.

En consideración a lo expuesto, se itera que la CCTV se encuentra vigente desde el año 2004, es decir, las reglas previstas en su artículo 51 no sufrieron modificación alguna hasta el año 2014 en que la vinculación laboral del señor Tello Pinto fue finalizada por parte de la empresa demandada, razón por la cual, es imposible asegurar que los actos previos obedezcan a una maniobra instantánea, fraudulenta y dolosa sólo con el fin de despedir al actor, por lo que, las apreciaciones del togado no son jurídicamente aceptables; además, se vislumbra que los trámites previos a la nueva categorización de los cargos, fueron en primer lugar, debidamente suscritos y analizados como lo dispone el art. 51 antes mencionado, por el grupo tripartida, esto es, representantes del Sindicato, representante de los trabajadores y el Gerente de la empresa, cuyo resultado final, fue la expedición del Acta de Comité de Escalafón Capacitación y Ascenso, donde se eliminó el cargo de SUBGERENTE DE COMERCIALIZACIÓN ejercido por el demandante y la creación de un nuevo esquema de ESCALAFÓN con sus respectivos salarios, este último conforme a la facultad que el art. 18 parágrafo 4º de la CCTV (FL. 175) concede a la EMPRESA CENS.

### **Fundamentación del Recurso: Descripción del Cargo.**

Por otra parte, se queja el apelante al señalar que la señora VILMA PEÑA ANGULO en su calidad de del Área de Gestión Humana y Organizacional (e) de CENS, firmó y entregó al demandante la Descripción de Cargos según su trabajo ejercido de

“SEBGERENTE COMERCIAL”; alegando nuevamente, que fue una maniobra de mala fe consensuada por los Directivos de la empresa demandada para despedir al señor Tello Pinto y además, asegura que la funcionaria no era la persona encargada de realizar dicha actuación.

A la mencionada inconformidad, esta Sala informa al recurrente, que sus argumentos carecen de fundamentos concretos y ausentes de pruebas que lo corroboren, puesto que la persona facultada para comunicar la descripción de cargos, precisamente es la Jefe de Talento Humano conforme a lo establecido en el art. 51 de la CCTV 2004-2008; así mismo, según estudio precedente, las decisiones contenidas en el Acta de Comité de Escalafón Capacitación y Ascenso en los días 7 y 8 de julio de 2014 fueron el resultado de la voluntad de los representantes de los trabajadores, sindicatos y el Gerente de la empresa, es decir, el nuevo escalafón de categorización de los empleos estuvo previamente analizada y estudiada por el Comité respectivo.

### **Fundamentación del Recurso: presunta vulneración del derecho Igualdad.**

Otra de las inconformidades presentadas por el recurrente, se dirige a la presunta vulneración del derecho a la igualdad, al situar como ejemplo el caso de la señora Carmen Yolanda Porras Carrillo y dice que, el Juez A quo erró al realizar el análisis de la prueba vista a folio 233.

Entonces, a folios 233-234 el Jefe de Área de Servicios Corporativos de CENS S.A. E.S.P. el día 13 de abril de 2016 certificó que la señora Carmen Yolanda Porras Carrillo se desempeñó como “Subgerente Administrativo y Financiero” desde el 15 de marzo de 2005 hasta el 31 de agosto de 2014, devengando un salario de \$4'772.764.00; que durante el desempeño de su cargo, la trabajadora continuó disfrutando de los beneficios convencionales que adquirió desde el momento de su vinculación el 24 de abril de 1989 (época en la cual no se desempeñaba en un cargo directivo).

En el caso sub lite, como se anotó en líneas precedentes, se tiene que el texto de la cláusula de exclusión de beneficios convencionales, se determinó solo para los trabajadores que a partir de la vigencia de la respectiva norma convencional ingresaran a ocupar los cargos directivos asociados al nivel salarial P4, es decir, que el caso traído a colación por el togado recurrente, no tiene injerencia que conlleve a determinar vulneración al principio de igualdad, ya que la señora Carmen Yolanda Porras Carrillo vinculada a la empresa demandada desde el año 1989, gozaba de todas las garantías convencionales pues desde el año 1989 al desempeñar en un cargo NO DIRECTIVO, luego entonces es lógico y jurídicamente viable y además, deber y obligación del empleador, garantizarle la continuidad de sus beneficios convencionales por gozar de un derecho adquirido, aun si en fecha posterior a la vigencia de la convención colectiva

de 2004, recibiera un ascenso a un cargo directivo ya que su relación con la empresa se remota a la antigüedad y de ningún modo, para el 2005 cuando desempeñó el nuevo cargo, debía ser clasificada como nuevo ingreso, actuación contraria sí conllevaría a una flagrante vulneración de los derechos de asociación sindical pero a la trabajadora Porras Carrillo y no al demandante ya que éste nunca fue beneficiario de la mencionada norma convencional que además, ingresó por primera vez a la empresa cuando ya estaba vigente la convención colectiva.

Por otra parte, mediante comunicaciones enviadas a CENS los días 10 de agosto de 2005 y 6 de agosto de 2007 (fls.40 y 41), **el demandante TELLO PINTO manifestó no tener derecho a los beneficios convencionales** para acceder al fondo de vivienda, por lo que, solicitó un crédito para adquirir una casa ubicada en el Conjunto residencial El Tesoro en la Ciudad de Cúcuta, además, solicitó aprobación para iniciar el programa en gerencia financiera, **como parte de la capacitación que la empresa proporcionaba**. Igualmente, en carta fechada el día 26 de enero de 2009, el actor solicitó al empleador CENS, una nivelación salarial, ratificando que era uno de los 4 empleados con salario integral, sin beneficios convencionales, sin plan de promoción y sin estabilidad laboral (fl.36).

De las solicitudes anteriores, se aportó el desprendible de nómina (fl.44) donde se registra el descuento respectivo por concepto de préstamo de vivienda durante el mes de diciembre de 2012, de igual manera, a folios 42, 43, 45-47 fueron aportados los recibos de pago de la especialización en gerencia financiera pagados por CENS a favor del demandante por concepto de capacitación.

En este sentido, tampoco se demostró como lo alega el recurrente, que el demandante hubiese recibido beneficios convencionales durante la vinculación laboral por el contrario, ratifican su exclusión, ya que éstos préstamos se generaron uno por descuentos a nómina de la empresa sin injerencia en la participación del sindicato y el de estudio respecto al pago de la especialización, con base en lo señalado en el art. 52 de la CCTV 2004-2008 que dispone:

**Artículo 52. Cursos de Capacitación.** La empresa realizará programas de capacitación y desarrollo de personal para los trabajadores que mediante proceso de evaluación de desempeño muestren deficiencias o expectativas de progreso. Para llevar a cabo dichos programas contará con la participación activa de trabajadores y directivos que deseen aportar sus conocimientos y habilidades en un proceso de formación en la acción (...)."

### **Fundamento Recurso: Declaración de William Mondragón.**

Censura el recurrente, que el Juez A quo omitió valorar la declaración rendida por los testigos y en especial por el señor William Mondragón, quien manifestó que reemplazó al demandante en un cargo diferente pero realizando las mismas funciones.

La Sala acude al **testimonio absuelto por el señor William Mondragón** quien afirmó bajo la gravedad de juramento, que conoció al demandante porque fue su superior jerárquico, dice desconocer las razones de la terminación de su contrato pero cree que fue consecuencia de la reestructuración organizacional de la empresa ya que el cargo de subgerente comercial desde el año 2014 no existe; dice que actualmente es el Jefe de Gestión Comercial, que antes ejercía el cargo de Jefe de transacciones de energía.

A la pregunta formulada por el Juez: *¿el cargo que usted desempeñaba existe actualmente?*

Responde: *“el cargo que yo tenía, las actividades de ese cargo se mantienen hoy en la empresa pero con una estructura diferente, o sea, las funciones siguen pero desarrolladas de manera diferente por otras personas con una estructura diferente.”*

A la pregunta: *¿y las que tenía el señor Tello?*

Responde: *“no, importante aclarar que mi cargo termina, se crea un nuevo cargo de jefe de área de gestión comercial, al cual yo soy promovido, pero es eso, o sea las funciones que yo desempeñaba como tal se siguen desarrollando en esta área que queda a cargo mío, junto con otras funciones adicionales de la organización.”*

A la pregunta formulada por el apoderado judicial del demandante: *“usted dice que trabajaba en el área de subgerencia de comercialización, indíqueme al despacho si después del despido del señor Tello dicho cargo desapareció inminentemente?”*

Responde: *“sí señor, después ya fue parte del rediseño y el cargo como tal ya no existe hoy”.*

A la pregunta: *“conforme a la respuesta anterior diga si usted con posterioridad a la salida del señor Tello, estuvo encargado de la subgerencia de comercialización”.*

Responde: *“estuve encargado por un periodo hasta que se incorporó el nuevo rediseño”*  
*“¿por cuánto tiempo?”*

Responde: *“no recuerdo con exactitud, pero no se tal vez un mes o menos de un mes”.*

*¿Por qué razón desapareció dicho cargo?*

Responde: *“como ya lo manifesté, fue producto de un rediseño organizacional en el que yo no participe”*

*Dentro de ese rediseño indique al despacho si todas las funciones que asumía el señor Tello aún se siguen realizando?*

Responde: *sí señor, se siguen desarrollando porque el negocio sigue siendo el mismo.*

*Y dichas gestiones quien las realiza en la actualidad?*

*Actualmente el jefe del área de gestión comercial que es el cargo que hoy día desempeño.*

Conforme a lo expuesto, se tiene que según el señor William Mogollón, el cargo que ejercía el señor Tello Pinto aún existe en la empresa y actualmente es ejercido por él ya que fue ascendido, sin embargo, señaló que las modificaciones laborales fueron el

resultado a un rediseño organizacional y además, el cargo actualmente se denomina JEFE DE ÁREA DE GESTIÓN COMERCIAL.

Dadas las implicaciones del caso, es necesario aclarar que si bien es cierto, la declaración brindada por el señor William Mogollón constituye un indicio de la continuidad de las funciones ejercidas por el actor, en este asunto, se encuentra debidamente acreditado que la decisión proferida por CENS S.A. E.S.P., fue el resultado de un REDISEÑO ORGANIZACIONAL y de cara a la CONFORMACIÓN DEL GRUPO EMPRESARIAL EPM, donde se decidió a través de un acta consensuada entre los representantes de los trabajadores, sindicato y gerente, que se eliminarían unos cargos directivos, entre estos, el de SUBGERENTE DE COMERCIALIZACION, dejando solamente del SUBGERENTE DE DISTRIBUCIÓN ZONA NORTE y el DE SUBESTACIONES Y LINEAS, los demás, fueron categorizados como Jefes de Áreas, entre éstos, el de Gestión Comercial con salarios máximo de \$5'850.000, un 50% inferior al que devengaba el trabajador demandante, además, fueron creados 6 cargos de Jefe de Área y 3 cargos de Subgerentes con un salario máximo de \$6'860.000.oo.

Así las cosas, considera esta Sala que la decisión tomada por la empresa demandada CENS S.A. E.S.P., siguió los parámetros establecidos en el rediseño organizacional y cumpliendo tanto con las normas convencional y legales, siendo claramente improcedente la continuidad de vínculo, ya que sería disminuir las condiciones laborales, al ser claramente un 50% inferior el salario actualizado para el 2014.

Bajo los anteriores argumentos, el segundo problema jurídico planteado quedará resuelto en forma desfavorable a las súplicas del demandante, habiéndose acreditado que la exclusión de los beneficios convencionales previstos en la norma de la CCTV 2004-2008 y el contrato de trabajo suscrito por el demandante con la empresa demandada, gozan de plena validez y se ajustan al ordenamiento jurídico vigente, en consecuencia, no es procedente acceder al reintegro laboral alegado, en razón a que el señor MARIO EMANUEL TELLO PINTO durante la vinculación laboral desde el 23 de abril de 2004 hasta el 14 de julio de 2014 no fue beneficiario de la CCTV 2004-2008 celebrada entre CENS S.A. E.S.P. y el sindicato "SINTRAELECOL", de conformidad con lo estipulado en el art. 467 del CST y artículo 1º parágrafo 1º de la norma convencional.

La misma suerte opera para el tercer y cuarto problema jurídico, respecto a la reliquidación de la Indemnización por terminación del contrato sin justa causa, al no ser procedente la inclusión de la prima de servicios y carestía, prima de antigüedad y desgaste físico, prima convencional de vacaciones, subsidio de energía y aportes en salud, auxilio de rodamiento como factor salarial, éste último, que fue pagado en proporción para la fecha de terminación del vínculo según folios 225-226 del expediente.

Colofón a lo anterior, se hace necesario aclarar que el demandante Tello Pinto devengaba un salario INTEGRAL que para el 2014 oscilaba en \$8'008.270.oo y según

las liquidaciones vistas a folios 225-228, la indemnización fue calculada con un salario de \$10'320.743.00, superando el máximo legal, cumpliendo igualmente con lo previsto en el art. 132 del CST.

### **Decisión.**

De manera que no le queda otra alternativa a esta Sala, que la de CONFIRMAR en su totalidad la sentencia consultada proferida por la señora JUEZ SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, de fecha 21 de febrero de 2018 conforme a las razones expuestas en precedencia.

Condenar en costas de segunda instancia al no prosperar el recurso de alzada interpuesto por el demandante, de conformidad con el numeral 1º del art. 365 del CGP y se fijarán como agencias en derecho al suma de \$877.803.00 a cargo del demandante MARIO EMANUEL TELLO PINTO y a favor de CENS S.A. E.S.P.

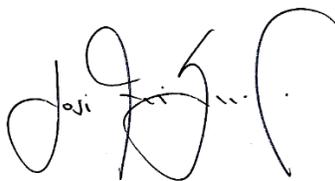
En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **VIII. RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia consultada proferida por el JUEZ SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, de fecha 21 de febrero de 2018 conforme a las razones expuestas en precedencia.

**SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS PROCESALES** de segunda instancia, al demandante por no prosperar el recurso de alzada interpuesto, de conformidad con el numeral 1º del art. 365 del CGP y fijar como agencias en derecho al suma de \$877.803.00 a cargo del demandante MARIO EMANUEL TELLO PINTO y a favor de CENS S.A. E.S.P.

**NOTIFÍQUESE.**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

**MAGISTRADO**



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ**

**MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 062 , fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 3 de agosto de 2020



---

SECRETARIO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER**  
**SALA DECISIÓN LABORAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**

---

---

Cúcuta, Treinta y uno (31) de Julio de Dos Mil Veinte (2020).

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-002-2016-00581-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	<b>18.328</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	MIGUEL ANGEL GUERRERO ROMERO
<b>DEMANDADO:</b>	JAVIER FERNANDO BUSTAMANTE VILLAMIZAR

Mediante memorial el apoderado de la parte actora informa que en auto del 29 de junio de 2020 se dispuso nuevamente correr traslado para alegatos de conclusión, pese a que en audiencia previa ya se había agotado esta etapa; por lo que se estima necesario, conforme el artículo 132 del C.G.P., entrar a realizar control de legalidad de la actuación para prevenir una vulneración del principio de preclusividad de las etapas procesales.

Al respecto, se advierte que efectivamente en audiencia del 26 de febrero del presente año la Sala ya había agotado la etapa de alegaciones y el proceso se encontraba pendiente para fallo; no obstante, con la expedición del Decreto Legislativo 806 de 2020 se dispuso de manera temporal la implementación del trámite escritural como parte de las medidas de prevención en el actual Estado de Emergencia Económica, Social y Ambiental, consagrando una etapa de alegatos escritos para proferir también la sentencia por este medio.

En esa medida, se aplicó la nueva normativa a los procesos en curso, respondiendo a su finalidad en la actual situación social; sin embargo, asiste razón al solicitante cuando manifiesta que ya se encontraba agotada la etapa de alegaciones.

Partiendo de la obligatoriedad de las normas procesales, la Corte Constitucional indicó en Sentencia T-213 de 2008 que *“la condición de normas taxativas que caracteriza las leyes que rigen los procedimientos es de inexorable acatamiento, máxime cuando estas normas constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del sistema normativo. En este orden, los términos procesales se hacen tan imperativos que su cumplimiento, es una manifestación de uno de los principios sobre los cuales reposa el derecho procesal. Se trata del principio de la preclusión o de la eventualidad, el cual consiste en la clausura de las actividades que pueden llevarse a cabo dentro de cada etapa del proceso.”*

Para el presente asunto, surge así el deber de aplicar la teoría jurisprudencial del antiprocesalismo prohijada por la Corte Suprema de

Justicia<sup>1</sup> para destacar que los autos ilegales no atan al juez, pues si bien se ha establecido que un funcionario judicial no puede de oficio ni a petición de parte revocar, modificar o alterar un auto ejecutoriado, también se ha determinado por la vía jurisprudencial que el error cometido en una providencia no lo obliga a persistir en él e incurrir en otros, menos, cuando su causa, como en este caso ocurre fue precisamente otro error.

Por lo dicho, debe atenderse a aplicar el aforismo jurisprudencial que indica que “los autos ilegales no atan al juez ni a las partes”, es decir que lo interlocutorio no ata al juez para lo definitivo y, en consecuencia, tomar las decisiones que sean del caso para corregir los errores que precedieron con la finalidad de no afectar los derechos fundamentales al debido proceso de las partes e incurrir en vía de hecho judicial por defecto fáctico, sustantivo, error inducido y decisión sin motivación.

De acuerdo a lo anterior, es preciso realizar el control de legalidad de esa actuación **y dejar sin efecto la providencia del veintinueve (29) de julio del presente año que corrió traslado para alegar de conclusión**, por cuanto dicha etapa ya se había cerrado y se tendrán en cuenta las exposiciones elevadas por las partes en diligencia del 26 de febrero del presente año

En mérito de lo expuesto,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DEJAR SIN EFECTO** la providencia del veintinueve (29) de julio de dos mil veinte (2020), en ejercicio de control de legalidad, por las razones expuestas en la parte motiva.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 062 , fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.  
Cúcuta, 3 de agosto de 2020



SECRETARIO

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 28 de 1979 MP. Alberto Ospina Botero; Sentencia No. 286 del 23 de Julio de 1987 MP. Héctor Gómez Uribe; Auto No. 122 del 16 de junio de 1999 MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Sentencia No. 096 del 24 de mayo de 2001 MP. Silvio Fernando Trejos Bueno, entre otras.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER**  
**SALA DECISIÓN LABORAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**

---

---

Cúcuta, Treinta y uno (31) de Julio de Dos Mil Veinte (2020).

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-002-2017-00097-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	<b>18.631</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	ANDERSON EDURADO CHAPUEL GARCIA
<b>DEMANDADO:</b>	NUBIA GALINDO GOMEZ

Se observa que el apoderado judicial de la parte demandante solicita aclaración del auto del 29 de julio de 2020, donde se corrió traslado para alegatos de conclusión, indicando que erróneamente se confirió el término inicial a la parte actora pese a que el recurso de apelación fue interpuesto por la demandada.

Como es suficientemente conocido, para garantizar la seguridad jurídica a quienes intervienen en los procesos judiciales, una vez proferidas, agotan la competencia funcional del juez que las dictó, de tal suerte que se hacen intangibles, a tal punto que no pueden ser revocadas ni reformadas por quien las pronunció, principio este que, sin embargo, no es de carácter absoluto pues, la propia ley autoriza que, dentro del término de la ejecutoria, a petición de parte o de oficio, se pueda aclarar.

El artículo 285 del C.G.P., aplicable en esta especialidad por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T.S.S. en consonancia con el artículo 1 del mismo compendio, regula la aclaración de auto indicando que una providencia es aclarable *“de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella”*.

Revisada la actuación procesal, se advierte que efectivamente se incurrió en un error al correr traslado a los alegatos pues correspondía el término inicial a la parte demandada; sin embargo, esto no es susceptible de aclaración, pues no se trata de un asunto que ofrezca duda sino de un error en la actuación procesal.

Con la expedición del Decreto Legislativo 806 de 2020 se dispuso de manera temporal la implementación del trámite escritural como parte de las medidas de prevención en el actual Estado de Emergencia Económica, Social y Ambiental, consagrando una etapa de alegatos escritos para proferir también la sentencia por este medio; en esa medida el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020 consagra que corresponde a la parte que apela, el primer turno para presentar alegatos de conclusión y en este caso efectivamente se trata de la demandada.

Partiendo de la obligatoriedad de las normas procesales, la Corte Constitucional indicó en Sentencia T-213 de 2008 que *“la condición de normas taxativas que caracteriza las leyes que rigen los procedimientos es de inexorable acatamiento, máxime cuando estas normas constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del sistema normativo. En este orden, los términos procesales se hacen tan imperativos que su cumplimiento, es una manifestación de uno de los principios sobre los cuales reposa el derecho procesal. Se trata del principio de la preclusión o de la eventualidad, el cual consiste en la clausura de las actividades que pueden llevarse a cabo dentro de cada etapa del proceso.”*

Para el presente asunto, surge así el deber de aplicar la teoría jurisprudencial del antiprocesalismo prohijada por la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup> para destacar que los autos ilegales no atan al juez, pues si bien se ha establecido que un funcionario judicial no puede de oficio ni a petición de parte revocar, modificar o alterar un auto ejecutoriado, también se ha determinado por la vía jurisprudencial que el error cometido en una providencia no lo obliga a persistir en él e incurrir en otros, menos, cuando su causa, como en este caso ocurre fue precisamente otro error.

Por lo dicho, debe atenderse a aplicar el aforismo jurisprudencial que indica que *“los autos ilegales no atan al juez ni a las partes”*, es decir que lo interlocutorio no ata al juez para lo definitivo y, en consecuencia, tomar las decisiones que sean del caso para corregir los errores que precedieron con la finalidad de no afectar los derechos fundamentales al debido proceso de las partes e incurrir en vía de hecho judicial por defecto fáctico, sustantivo, error inducido y decisión sin motivación.

De acuerdo a lo anterior, es preciso realizar el control de legalidad de esa actuación y se dejará parcialmente sin efecto la providencia del veintinueve (29) de julio del presente año que corrió traslado para alegar de conclusión, en su lugar, se corre traslado a la parte demandada como apelante, para que en el término de cinco (05) días procedan a alegar de conclusión, vencido el cual correrá el plazo para la demandante.

En mérito de lo expuesto,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DEJAR SIN EFECTO** parcialmente la providencia del veintinueve (29) de julio del presente año que corrió traslado para alegar de conclusión, en su lugar, se corre traslado a la parte demandada como apelante, para que en el término de cinco (05) días procedan a alegar de conclusión, vencido el cual correrá el plazo para la demandante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrado**

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 28 de 1979 MP. Alberto Ospina Botero; Sentencia No. 286 del 23 de Julio de 1987 MP. Héctor Gómez Uribe; Auto No. 122 del 16 de junio de 1999 MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Sentencia No. 096 del 24 de mayo de 2001 MP. Silvio Fernando Trejos Bueno, entre otras.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 062, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.  
Cúcuta, 3 de agosto de 2020



---

SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
Distrito Judicial de Cúcuta  
SALA LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL  
RAD. JUZGADO: 54001-31-05-002-2018-00231-00  
PARTIDA TRIBUNAL: 18669  
JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA  
DEMANDANTE: JHON WILLIAM OLIVARES  
ACCIONADO: SOLUCIONES EMPRESARIALES SOLO SERVICIOS.-SOLEMSER S.A.S.  
ASUNTO: CONTRATO DE TRABAJO-LEY 361 DE 1997  
TEMA: APELACIÓN.

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**MAGISTRADO PONENTE**

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (N. de S.), procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-002-2018-00231-00 y P.T. No. 18669 promovido el señor JHON WILLIAM OLIVARES MORENO a través de apoderado judicial en contra de las empresas SOLUCIONES EMPRESARIALES SOLO SERVICIOS S.A.S. “SOLEMSER S.A.S.”

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes,

**I. ANTECEDENTES.**

El demandante solicita que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de agosto de 2011 vigente hasta la fecha sin solución de continuidad, que se declare ineficaz e ilegal la terminación del contrato por encontrarse amparado por la estabilidad laboral reforzada por restricciones de salud y ante la ausencia de solicitud de permiso por el Ministerio del Trabajo; que se condene a la demandada al pago de la seguridad social, riesgos laborales y pensión sin solución de continuidad, al pago de la prima del periodo entre enero a junio de 2018, al pago de salario dejados de percibir desde la terminación ilegal del contrato 31 de diciembre de 2017 a junio de 2018 hasta la fecha en que se realice el reintegro. A la Indemnización por despido sin justa causa, a la indemnización de los 180 días del art. 26 de la Ley 361

de 1997, al reajuste salarial desde junio 2015 hasta el mes de diciembre de 2017, al pago de la indemnización moratoria del art. 65 del CST desde el mes de julio de 2015, a la indexación de las acreencias laborales, al pago de las costas procesales. Como subsidiarias, que se declare la existencia del contrato de trabajo sin solución de continuidad desde el 16 de agosto de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2017, que se declare injusta la terminación del contrato laboral, la indemnización por despido injusto, reajuste salarial, indemnización moratoria art. 65 CST y la indexación de las acreencias adeudadas del contrato el 16 de agosto de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2017.

## II. HECHOS

Manifestó el actor que fue contratado como COORDINADOR mediante contrato laboral escrito supuestamente a término fijo inferior a un año por la señora MARIA CLEMENCIA OSORIO ARENAS, en su calidad de gerente, para la época del contrato, de SOLUCIONES EMPRESARIALES SOLO SERVICIOS S.A.S. "SOLEMSER S.A.S." por los siguientes lapsos:

- por 4 meses y 15 días el 16 de agosto de 2011 hasta el 31 diciembre de 2011.
- por siete (07) meses el 01 de enero de 2012 hasta el 31 de julio de 2012.
- por cinco (05) meses el 01 de agosto de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012.
- Del 02 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013.
- Del 02 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014.
- Del 02 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015.
- Del 02 de enero de 2016 hasta el 31 diciembre de 2016.
- Del 02 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017.

Dice que durante la relación laboral no le fue entregado el Reglamento Interno de Trabajo de SOLEMSER S.A.S., que estuvo afiliado a la seguridad social en Salud, a seguridad social en riesgos laborales, durante toda la ejecución del contrato laboral de trabajo, a seguridad social en pensiones, a la Caja de Compensación Familiar. Que inicialmente recibió una remuneración de \$750.000 mensuales, luego de \$1.002.952.00 mensuales. Manifiesta que para julio de 2014 sufrió accidente de trabajo calificado por la **ARL SURA** diagnosticado inicialmente con LUMBAGO NO ESPECIFICADO por lo cual fue reintegrado con recomendaciones a partir del 10 de abril de 2017, después de cumplir sus incapacidades, recomendaciones ordenadas por medicina laboral de la IPS REHABILIT SPORT S.A.S. el 14 de febrero de 2017. Dice que disfrutó vacaciones, le pagaron intereses de las cesantías, pago de las cesantías anuales supuestamente porque el contrato era anual, por la presunta liquidación del contrato. Manifiesta que él como socio fundador de la empresa SOLUCIONES EMPRESARIALES SOLO SERVICIOS S.A.S. "SOLEMSER S.A.S.", ingreso a trabajar desde su creación junto con los señores FERNANDO CETINA HERNANDEZ y FREDY ARENAS TORRADO como COORDINADORES los tres. Manifiesta que nunca participo en asamblea alguna de la empresa, desde su creación hasta la fecha, donde se modificara la planta de personal de ésta y/o se creara el cargo de COORDINADOR OPERATIVO LOGISTICO. Que a partir de este año 2018 cambiaron la minuta de los contratos de trabajo de término fijo a aun año a contratos de trabajo a término indefinido. Que le terminaron su contrato laboral de trabajo sin justa causa alguna, pasándole el 28 de noviembre de 2017 un

preaviso de terminación, por supuestamente ser el contrato a término fijo. Que la terminación de su contrato de trabajo fue de forma ilegal, pues lo hicieron sin permiso del ministerio del trabajo, encontrándose en estado de discapacidad, pues se encontraba trabajando con restricciones y en proceso de valoración médica y seguimiento de salud ocupacional, por recomendaciones de la **IPS REHABILIT SPORT S.A.S.**, experimentando una Situación Constitucional de Debilidad Manifiesta, según Sentencia SU-049 de 2017 de la Corte Constitucional. Dice que nunca recibió el examen de egreso que le se realizó en la **IPS CONTACTO S.A.S.**, desconociendo el resultado. Que no le cancelaron la indemnización por despido injusto ni la indemnización de los 180 días establecida en el Inciso Segundo del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Que durante la relación laboral recibió un promedio de \$50.000.00 mensuales menos que al otro COORDINADOR de la empresa. Que nunca hubo solución de continuidad, ni siquiera de un día entre contrato y contrato.

### **III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.**

“**SOLEMSE S.A.S.**”, a través de su apoderado judicial contestó la demanda, aceptando algunos hechos y oponiéndose a todas las pretensiones alegando que el demandante prestó los servicios para la sociedad pero por medio de contratos de trabajo a término fijo transcurridos entre el 16 de agosto de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2017. No propuso excepciones.

### **IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha 21 de junio de 2019, **ABSOLVIÓ** de todas las pretensiones a la entidad demandada SOLEMSE S.A.S. incoadas por el demandante JHON WILLIAM OLIVARES MORENO y condenó en costas a la parte vencida.

El A quo argumentó que conforme a las pruebas aportadas al expediente, los contratos de trabajado pactados entre el actor y la sociedad demandada fueron a término fijo y para el momento de la desvinculación, el empleador cumplió con comunicarle con 30 días de anticipación, que el plazo inicial se vencía y que no prorrogaría por más tiempo el contrato, razón por la que, no prospera la indemnización por despido injusto. Respecto a la pretensión de la presunta estabilidad laboral reforzada, no opera tal garantía, porque para la terminación del contrato, el demandante no se encontraba en incapacidad y no tenía calificación para saber cuál era la pérdida de la capacidad laboral; que para el año 2014 existe una calificación de PCL del 5%, pero que no incide en la decisión de terminar con el contrato de trabajo para el año 2018.

Que respecto a la solicitud de reajuste del salario por diferencia salarial, se analizó el organigrama de la sociedad donde se registran dos clases de coordinadores, uno de ellos operativo logístico y el otro simplemente coordinador con funciones diferentes, y el

demandante solo registra como coordinador, razón por la que, se denotan que son cargos diferentes que pueden devengar diferentes salarios, por lo que, no prospera esta pretensión.

## **V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

El apoderado judicial del demandante, interpuso recurso de apelación solicitando revocar la sentencia anterior asegurando que el contrato firmado por el actor con la sociedad demandada debe considerarse a término indefinido al operar la primacía de la realidad ya que nunca hubo solución de continuidad desde el 16 de agosto de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2017. Que el empleador incumplió el deber de mantener vigente el contrato laboral hasta que se emitiera concepto favorable de medicina ocupacional sobre la rehabilitación del demandante, e incumplió con el procedimiento establecido en la Ley 361 de 1997, por lo que, procede el reintegro conforme a lo señalado en la sentencia SU049 de 2017 de la Corte Constitucional, condenando a la sociedad demandada a pagar todos los salarios y la indemnización de los 180 días prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

## **VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**El apoderado judicial de la sociedad demandada** mediante comunicado enviado al correo institucional de la Secretaría de esta Sala el día 16 de julio de 2020, presentó los alegatos de conclusión, solicitando confirmar la sentencia de primer grado, al demostrarse que el contrato de trabajo base de la relación, ya debidamente expirado y avisado, lo fue, a término fijo y nunca puede dársele la connotación de un contrato indefinido, por el solo paso del tiempo y de la consecución de contratos a término fijo seguidos, como con ello se diera el fenómeno de la traslación del título o del contrato a uno de carácter indefinido. Tampoco sucedió que el aviso y terminación del contrato último se haya realizado estando el aquí demandado incapacitado o convaleciente; todo lo contrario, al demandante se le enteró y se le realizó su examen de retiro, sin novedad alguna y nunca realizó el demandante funciones o labores idénticas al Coordinador Logístico de la empresa, dado que precisamente es otra clase de cargo, ni siquiera similar al que ostentaba el demandante. Por el contrario, aquél estaba subordinado a este y esa es una de las principales razones que demerita su dicho, que eran cargos o empleos iguales.

De otro lado, el demandante jamás acudió a practicarse el examen de admisión, como lo certifica el acta del 19 de agosto del 2011 de "SOLEMSER SAS" y la orden que se le dio para que se realizara el examen. Y en cuanto a su examen médico de retiro es relevante indicar que la firma por parte del empleado que certifica su estado satisfactorio de salud.

Surtida la etapa para presentar los alegatos de segunda instancia, se procede a resolver el recurso de apelación, con fundamento en las siguientes,

## **VII. CONSIDERACIONES**

### **Principio de Consonancia.**

Conforme a lo previsto en el Art. 69 A del CPT y SS adicionado por el art. 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala de Decisión resolverá las inconformidades debidamente fundamentadas durante la apelación y aquellas que sean fuente de derechos ciertos e indiscutibles a favor del trabajador, siguiendo la orientación adoctrinada por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencias de radicado SL4981-2017, SL5159-2018 y SL2010 del 2019.

### **Problemas Jurídicos.**

Entonces, teniendo en cuenta los hechos debatidos en primera instancia, los argumentos expuestos por el Juez A quo y los fundamentos del recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver son:

1. Verificar si el demandante JHON WILLIAM OLIVARES MORENO para el momento de la terminación del contrato gozaba de la estabilidad laboral reforzada prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1994, siendo procedente el reintegro junto con el reajuste del salario.
2. En forma subsidiaria a lo anterior, determinar si el contrato laboral suscrito entre el demandante y la sociedad demandada fue terminado sin justa causa, en dado caso, sería procedente reconocer la indemnización por despido injustificado.

### **Solución del Primer Problema Jurídico.**

Como es sabido, la Ley 361 de 1997 consagra el principio de la estabilidad laboral reforzada para las personas con limitación física, en virtud del cual estas no pueden ser despedidas por razones de su limitación, salvo que la terminación del contrato sea autorizada por el Ministerio de Protección Social; y a su vez integra la sanción a la que tiene derecho el trabajador, cuando el empleador haya obviado la aludida autorización.

Igualmente, el art. 5 de la mencionada ley, establece que “Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud”, y en que en “Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley”.

Ahora bien, sobre el correcto entendimiento del art. 26 de la ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en Sentencias N° 32532 de 15 de Julio de 2008, Magistrada Ponente, ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, STL6249 del 3 de mayo de 2015 M.P. Doctor Fernando Castillo Cadena entre otras indicaron en lo pertinente que, el trabajador que busque protección en virtud de la estabilidad laboral reforzada, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, debe aportar una prueba que lo califique como limitado físico, en los términos del artículo 5°, en tanto, la indemnización de 180 días, opera únicamente cuando el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral mayor al 15%, y que el empleador conozca tal situación y termine la relación laboral por esta causa, sin la respectiva autorización del Ministerio de la Protección Social.

De suerte que para declarar la ineficacia del despido sufrido por el demandante, éste debe acreditar los siguientes presupuestos:

- Que la enfermedad produzca una pérdida de capacidad laboral superior al 15%.
- Que el empleador conozca del estado de discapacidad del trabajador.
- Que el despido se produzca por causa de la discapacidad, y se realice sin la previa autorización del Ministerio de Protección Social.

### **Caso en concreto.**

Ahora, respecto a la configuración de la estabilidad laboral reforzada consecuente con la aplicación de la Ley 361 de 1997, esta Sala considera que dicha pretensión será despachada en forma desfavorable al demandante, ya que si bien es cierto el señor JHON WILLIAM OLIVEROS MORENO sufrió accidente de trabajo reportado el día 03 de julio de 2014 (fls.75-76), éste fue calificado con una PCL del 5% (fls.79-84) por la ARL SURA, con observación de ACCIDENTE DE TRABAJO SIN SECUELAS. Además, para la fecha de la desvinculación laboral, 31 de diciembre de 2017, el demandante no se encontraba incapacitado y ya habían transcurrido 3 años desde el accidente, sin que a la fecha, presentara deterioro en sus condiciones de salud; aunado a ello, al revisar el examen de egreso visto a folios 159-160, suscrito por el médico en salud ocupacional de la IPS REHABILIT SPORT S.A.S. el día 05 de enero de 2018, arrojó RETIRO SATISFACTORIO.

Así las cosas, para el momento de la terminación del contrato de trabajo (31 de diciembre de 2017), el demandante no reunía el presupuesto de PCL superior al 15% tal como fue analizado en precedencia, razón por la cual, no gozaba la garantía consagrada en la Ley 361 de 1997 para acceder al reconocimiento de la indemnización prevista en el art. 26 de dicha normatividad, motivo por el cual la decisión de primera instancia deberá ser CONFIRMADA respecto a dicha pretensión.

Ahora, el apoderado judicial recurrente solicita dar aplicación de la sentencia de unificación SU- 049 de 2017 proferida por la Corte Constitucional, solicitud que no es procedente en este asunto, en primer lugar porque esta Sala en reiterados pronunciamientos ha seguido la línea jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria según lo analizado en precedencia, orientación del precedente

judicial vertical y segundo, al comparar los supuestos fácticos de la sentencia de unificación mencionada con el caso controvertido, claramente son disímiles y no es procedente acudir a la interpretación analógica, ya que si bien es cierto en la providencia de la Corte Constitucional no se exige la calificación de PCL moderada para acceder a la garantía de la estabilidad laboral reforzada, sí establece como parámetro principal, que la persona tenga una afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, situación que claramente no se presenta en este caso ya que para la fecha de su desvinculación, esto es, 31 de diciembre de 2017, el señor OLIVEROS MORENO no presentaba ninguna limitación física o funcional, no reportó incapacidades y/o atenciones médicas que pudieran generar dificultad en la capacidad para ejercer sus labores y, no existe prueba que corrobore lo alagado por el recurrente, cuando manifiesta que estaba pendiente el concepto favorable de medicina ocupacional; luego entonces, la decisión de primera instancia deberá ser confirmada y el problema jurídico resuelto en forma desfavorable a los intereses del demandante.

### **Solución del Segundo Problema Jurídico.**

#### **Normatividad aplicable.**

Con el fin de resolver el segundo problema jurídico planteado, se hace preciso señalar que el contrato a término fijo se encuentra regulado en el art.46 del CST modificado por el art. 3º de la Ley 50 de 1990 y como su nombre lo indica, es un contrato en el que previamente las partes acuerdan el tiempo que durará la relación laboral, es decir, saben de antemano la fecha de su finalización, modalidad que habilita la estabilidad del trabajador.

Para dar respuesta al recurso de alzada, las principales características de éste tipo de contrato son: debe constar siempre por escrito, su duración no puede ser superior a tres años, **es renovable indefinidamente**, para que el empleador pueda darlo por terminado, debe avisar a la otra con una antelación no inferior a treinta días a la fecha de su vencimiento, la voluntad de terminarlo por el simple transcurso del tiempo, y de no prorrogarlo. Se aclara, que el trabajador puede dar por terminado el cualquier momento y las consecuencias y sanciones no existen. De igual forma, si el término pactado es inferior a 1 año, el contrato puede prorrogarse hasta por 3 periodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales se prorroga por el término de un año y así sucesivamente y por éste hecho, no podrá manifestarse que se convierte en un contrato a término indefinido. Por último, éste tipo de contratación genera todos los derechos proporcionales al tiempo trabajado y la indemnización por terminación sin justa causa, será igual al valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado en el contrato.

#### **Caso en concreto.**

Descendiendo al caso en estudio, se observa que a folios 6-23 se aportaron los contratos de trabajo suscrito entre el demandante y la sociedad demandada, el primero fue pactado entre las partes por un periodo de 5 meses desde el 1º de agosto de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012, posteriormente, los aludidos contratos fueron pactados a un año, esto es, desde el 2 de enero de 2013 hasta el 31 diciembre de 2013, del 2 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014 y así sucesivamente hasta el 31 diciembre de 2017.

De la misma manera, se observa a folio 35, que la sociedad demandada por intermedio de su representante legal la señora MARIA CLEMENCIA OSORIO ARENAS, el día 28 de noviembre de 2017 comunicó al demandante OLIVARES MORENO que el 31 de diciembre de 2017 vencía el contrato de trabajo suscrito, ratificado por escrito visto a folio 37 el día 30 de diciembre de 2017, pruebas documentales que fueron aportadas por el mismo demandante y gozan de validez al no ser tachadas de falsedad.

La apreciación de estos medios de prueba, contrario a lo expuesto por la censura, permite colegir que la terminación del contrato aconteció por fenecimiento del plazo fijo pactado y el empleador cumplió con el preaviso de 30 días antes de su eventual terminación, para informarle al trabajador de su vencimiento.

### **Solución del Segundo Problema Jurídico.**

De lo expuesto, la Sala considera que lo alegado por la parte recurrente no encuentra asidero jurídico, tal como se analizó en renglones anteriores, ya que el contrato a término fijo, siempre y cuando se satisfagan con las formalidades y condiciones previstas en el artículo 46 del CST, nunca podrá convertirse en contrato indefinido en aplicación del principio de la realidad sobre las formas y aunque su ejecución se efectúe sin solución de continuidad, figura que para éste asunto en concreto es ilógico aplicar, ya que el ordenamiento jurídico laboral clasifica y regula éstas dos clases de vinculación de forma diferente, atribuyéndoles consecuencias y características jurídicas disímiles.

De la misma manera, en este asunto, como ya se indicó se cumplieron todas las características propias del contrato a término fijo, es decir, fue pactado por escrito, se prorrogó anualmente, situación que la ley permite renovarlo de forma indefinida y además, el empleador cumplió con la comunicación al trabajador, con 30 días de antelación al fenecimiento, para darlo por terminado.

Luego entonces, el segundo problema jurídico quedará resuelto en forma desfavorable al demandante recurrente, por lo que, se CONFIRMARÁ en todas sus partes, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 21 de junio de 2019 como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

Se condenará en costas de segunda instancia al no prosperar el recurso de alzada interpuesto por el demandante, de conformidad con el numeral 1º del art. 365 del CGP

y se fijarán como agencias en derecho al suma de \$877.803.00 a cargo del demandante JHON WILLIAM OLIVARES MORENO y a favor de la sociedad SOLEMSER S.A.S.

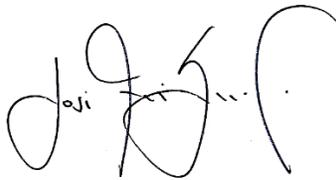
En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**VIII. RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia consultada proferida por el JUEZ SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, de fecha 21 de junio de 2019 conforme a las razones expuestas en precedencia.

**SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS PROCESALES** de segunda instancia, al demandante por no prosperar el recurso de alzada interpuesto, de conformidad con el numeral 1º del art. 365 del CGP y fijar como agencias en derecho al suma de \$877.803.00 a cargo del demandante JHON WILLIAM OLIVARES y a favor de SOLEMSER S.A.S.

**NOTIFÍQUESE.**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

**MAGISTRADO**



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**

*Nidia Belen Quintero G.*

**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ**

**MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 062, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 3 de agosto de 2020



---

SECRETARIO

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



Departamento Norte de Santander

**TRIBUNAL SUPERIOR**

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE**

**Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2018-00343-00

Partida Tribunal: 18577

Demandante: ALICIA VILLAMIZAR PANQUEBA

Demandada (o): LA NACIÓN- DPS- ICBF

Tema: CONTRATO DE TRABAJO

Ref.: APELACIÓN DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 08 de febrero de 2019, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2018-00343-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 18577 promovido por la señora ALICIA VILLAMIZAR PANQUEBA contra la NACIÓN, DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL- DPS y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

**I. ANTECEDENTES**

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda ordinaria laboral, con el fin de que se condene a la NACIÓN, DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL- DPS y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF a reconocer que existió un contrato de trabajo realidad a término indefinido, desde el 01 de abril de 1996 hasta el 29 de febrero de 2007, y como consecuencia, se condene a las pasivas a reconocer y pagar los aportes a la seguridad social integral, las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST, la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, por la no entrega de dotación, la sanción por no pago de subsidio

familiar, indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa de la relación laboral, el auxilio de transporte, el retroactivo de salarios causados, los intereses moratorio o la indexación de las sumas que se reconozcan y costas y gastos procesales.

## **II. HECHOS**

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos expuestos a folios 31 y 32 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que prestó sus servicios, como madre comunitaria, con el ICBF y/o con la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS FAMI PATIO CENTRO DEL MUNICIPIO DE LOS PATIOS, durante el periodo comprendido entre el 01 de abril de 1996 y hasta el 29 de febrero de 2007.
2. Que durante dicha vinculación, el ICBF y/o con la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS FAMI PATIO CENTRO DEL MUNICIPIO DE LOS PATIOS nunca le pagó prestaciones sociales, ni la afilió al sistema de seguridad social integral.
3. Que mediante memorial de fecha 08 de noviembre de 2016 solicitó el reconocimiento y pago de dichas acreencias laborales, frente a los cual, el ICBF negó que existiera una relación laboral en forma continua e ininterrumpida.

## **III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA**

Notificado el libelo a la demandada INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, ésta dio contestación aceptando como ciertos los hechos 16 y 17, el resto que no le constan o no son ciertos; se opuso a la totalidad de las pretensiones, indicando que no ha tenido vínculo laboral alguno con la demandante, ya que no se cumplen los elementos de la relación laboral contemplados en el artículo 23 del CST, siendo clara la inexistencia de subordinación, al tenerse en cuenta que las funciones que desarrollan las madres comunitarias tienen su fuente en la distribución de competencias prevista en el artículo 44 de la CP, la corresponsabilidad de la familia prevista en el artículo 42 de la CP, la inexistencia de facultad disciplinaria por parte del ICBF frente a las madres comunitarias.

Que por lo tanto, de conformidad con la regla general establecida en el artículo 2 del Decreto Reglamentario 1848 de 1968, todas las personas que prestan sus servicios en la entidad en la Entidad son empleados públicos y no trabajadores oficiales, vinculación esta última de la cual se puede predicar la existencia de contratos de trabajo, cualesquiera sea la denominación que se les dé.

Que la labor desempeñada por la demandante jamás puede ser catalogada como de aquellas a que se refiere el artículo 3 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, razón por la cual, la existencia de un contrato de trabajo con el sector público no depende de la valoración subjetiva que considere la demandante, al pretender darle un carácter jurídicamente imposible de existir, sino de la realidad fáctica impuesta por la misma ley.

Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de un contrato laboral entre el demandante y el ICBF, imposibilidad jurídica del ICBF para celebrar contratos de trabajo, inexistencia o falta de causa para demandar, inexistencia de elementos que configuren la relación laboral, cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad prestacional, prescripción y la genérica o innominada.

La PROCURADURÍA 10 JUDICIAL I PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL, se opuso a la prosperidad de la demanda manifestando que la Corte Constitucional se ha pronunciado recientemente en su sentencia SU079 de 2018, concluyendo que en el ordenamiento jurídico ni en la jurisprudencia constitucional no se prevé la posibilidad de que se estructure una relación laboral entre el ICBF y las madres comunitarias y sustitutas, realizando igualmente un recuento normativo que le permitió llegar a igual conclusión.

#### **IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 03 de mayo de 2019, resolvió absolver a la pasiva de las pretensiones incoadas en su contra por la señora ALICIA VILLAMIZAR PANQUEBA.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que el Instituto colombiano de bienestar familiar no tiene ningún tipo de injerencia en asuntos relacionados con salarios, prestaciones, retroactividad de cesantía, indemnizaciones, intereses laborales y aportes al sistema general de la seguridad social en salud pensiones y riesgos profesionales derivados de las relaciones laborales existentes entre las entidades administradoras de la modalidad de hogares infantiles y sus trabajadores ya que éstas son autónomas en el manejo de sus relaciones laborales.

De la jurisprudencia estudiada, concluyó que la actora no estuvo vinculada al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR mediante un contrato de trabajo, en tanto de conformidad con la ley 89 de 1988 se creó el programa de hogares comunitarios de bienestar, el cual se ejecuta a través de las acciones conformadas por los padres de familia quienes pueden celebrar contratos de aportes con el Instituto mediante los que se provee al contratista de los recursos básicos para la atención de los niños y se elige a

unas madres comunitarias, a través de una vinculación de trabajo solidario y contribución voluntaria que no implica relación laboral con asociaciones que para el efecto, se organizan y con las entidades públicas que participan en el programa.

Consideró que no se estructura en este caso una relación laboral, en tanto la aceptación de la vinculación del programa se hace como trabajo solidario y voluntario a través de la celebración de contratos de aporte, lo que excluye la existencia de un contrato de trabajo, no obstante manejar ciertas directrices y lineamientos en el cumplimiento del objeto del programa de padres o madres comunitarias FAMI.

Que por no tener el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR la condición de empleado respecto de los trabajadores de lugares infantiles, no recae sobre la entidad ninguna obligación legal de intervenir en los conflictos laborales de los mismos, máxime si se tiene en cuenta que ellos no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado.

## **V. RECURSO DE APELACIÓN**

### **1. PARTE DEMANDANTE.**

La parte demandante estuvo en desacuerdo con la anterior sentencia, por lo que presentó recurso de apelación en su contra, manifestando que la señora ALICIA VILLAMIZAR PANQUEVA prestó sus servicios para el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y/o con LA ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS FAMI PATIO CENTRO DEL MUNICIPIO DE LOS PATIOS, durante el período comprendido entre el 1 de abril de 1996 hasta el 29 de febrero de 2007, en una relación donde estuvieron presentes los tres elementos de que trata el artículo 23 del CST, y la misma legislación establece que una vez reunidos los mismos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se den y por otras condiciones o modalidades que se le agreguen, mientras que el artículo 24 de dicho código señala que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, por lo que solicitó se acceda a las pretensiones incoadas en la demanda.

## **VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

1. **PARTE DEMANDADA.** El ICBF reiteró que entre la señora ALICIA VILLAMIZAR PANQUEBA e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR nunca existió vínculo laboral.

Que el ICBF canaliza sus compromisos a través del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, del cual forman parte los Hogares Infantiles, y para tal efecto, y por ser una actividad de orden técnico, la ley permite que la entidad suscriba contratos especiales de aporte con personas jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, fundaciones y/ asociaciones, en virtud de los cuales el ICBF se obliga a proveer a una asociación y/o fundación de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de esta, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la vigencia de estos contratos de aporte será anual, pero podrá prorrogarse de año en año.

Manifestó que la ley 89 de 1988, en el párrafo 2 del artículo 1 define a los Hogares Comunitarios así "...Se entiende por hogares comunitarios de Bienestar aquellos que se constituyen a través de becas el ICBF a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres de país".

Que el programa debe ser ejecutado directamente por la comunidad, a través de las asociaciones de padres de familia de los menores beneficiarios o de otras organizaciones comunitarias como las madres comunitarias, con una vinculación y contribución voluntaria, puesto que se deriva de la obligación de asistir y proteger a los niños, la cual corresponde a toda la sociedad y la familia.

Indicó que para que exista una vinculación de carácter laboral se requiere la prestación personal del servicio por parte del trabajador, y en este caso de las madres comunitarias, no prestan ni han prestado, la labor personal al ICBF, sino que brindan o han brindado un trabajo solidario a la comunidad en razón de su contribución voluntaria por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la familia y la sociedad, por consiguiente dicha vinculación no implica relación laboral; que lo que existe realmente es una distribución de competencias, el Estado, la sociedad y la familia.

Que el ICBF no emite órdenes o instrucciones a las madres comunitarias para el ejercicio de su actividad, sino que, en el desarrollo

de sus competencias, establece los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permiten la organización y funcionamiento del Programa.

Que a su vez, la madre Comunitaria no recibe remuneración sino el aporte de beca, de acuerdo al artículo primero del decreto 2019 de 1.989 y el acuerdo 021 de 1.996 de la Junta Directiva del ICBF.

Con la entrada en vigencia del decreto 289 de 2014, las Madres Comunitarias son vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las asociaciones y/o fundaciones, y cuentan con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con las normas que regulan el Sistema de Protección Social y compilado en el artículo 2.2.1.6.5.2 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015.

Que una cosa es que se haya ordenado, de forma progresiva, asegurar el pago de un salario mínimo, y otra muy distinta, es que se haya reconocido vínculo laboral, ya que la sentencia T – 628 de 2012 hace énfasis en la inexistencia de un vínculo laboral.

Una vez cumplido el término para presentar alegatos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

## **VII. CONSIDERACIONES**

**Competencia.** La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

En virtud del mencionado principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CST y de conformidad con lo manifestado por la parte demandante en su recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar (i) si existió un contrato de trabajo entre la señora ALICIA VILLAMIZAR PANQUEBA y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, entre el 01 de abril de 1996 y hasta el 29 de febrero de 2007; y de ser resuelto esto en forma favorable para la demandante, se deberá establecer (ii) si esta es acreedora de las obligaciones laborales reclamadas en la demanda.

Alega la demandante que se desempeñó como madre comunitaria en el programa FAMI del hogar EROS, ubicado en el barrio la cordialidad de Cúcuta, entre el 01 de abril de 1996 y hasta el 29 de febrero de 2007, lo cual se ratifica con la certificación expedida por el ICBF, vista a folio 23, por lo que se hace necesario, en primer lugar, analizar la regulación del ordenamiento

jurídico sobre la actividad de dichas madres comunitarias, cuya ejecución depende de la suscripción de un contrato por aportes en favor de estos hogares.

En punto a la naturaleza del contrato por aportes, del cual se alega que se estableció con el fin de encubrir la verdadera relación laboral, se debe decir que se trata de una modalidad de contratación especial y atípica, consagrada en el ordenamiento jurídico como parte del desarrollo del I.C.B.F. y su actividad de coordinación de actividades sociales de atención a la infancia y la adolescencia, el cual tiene su génesis en el numeral 9 del artículo 21 de la Ley 7 de 1979 y el decreto 2388 de 1979, habiéndose creado en un primer momento la entrega de «becas» personales a quienes constituyeran acciones mancomunadas de atención a población infantil en estratos sociales pobres, lo que devino posteriormente en 1989 (Ley 89 de 1988) en la creación de Hogares Comunitarios de Bienestar.

Sin embargo, no fue sino hasta el decreto 1340 de 1995 que se reglamentó el funcionamiento de estos Hogares Comunitarios, norma cuyo artículo 4º dispuso la forma de vinculación de las madres comunitarias definiéndola como un «trabajo solidario» a través de una «contribución voluntaria» partiendo de que es la familia y la sociedad quienes tienen la obligación de asistir y proteger a los niños, agregando que esta vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras, ni con las entidades públicas que en él participen.

A partir de este decreto, se desarrolló el *contrato de aporte* contenido en el Acuerdo 21 de 1996 del I.C.B.F., contrato a través del cual se canalizarían los conceptos de «beca», que hasta ese momento habían sido cancelados particularmente a través de asociaciones de padres de familia, siendo ese el aporte que entregaba el Bienestar al servicio comunitario de atención infantil, del cual dispondría la retribución económica a las madres comunitarias designadas por la asociación, incluyendo el aporte a seguridad social integral.

Posteriormente, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999, por medio del cual se reestructuró el ICBF, señaló que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF «en ningún caso implicarán una relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas», pues dicha participación se trata de un trabajo solidario y una contribución voluntaria brindada por ésta.

Estas fueron las disposiciones que rigieron la actividad desarrollada por las madres comunitarias a través de los Hogares hasta el año 2012, en el cual, a través de la ley 1607 de dicha anualidad, se determinó que el Estado, entre los años 2013 y 2014 y de forma escalonada, diseñaría y adoptaría diversas modalidades que permitieran la vinculación de las madres comunitarias, a través de las cuales se les garantizara el acceso a un contrato laboral y a un

salario mínimo mensual, lo cual fue posteriormente reglamentado mediante el decreto 289 de 2014, siendo éste el cual, en su artículo 2, el que estableció la naturaleza laboral de la vinculación de las madres comunitarias y por tanto, el derecho de las mismas a percibir la totalidad de garantías consagradas en la normativa del trabajo y la protección social, lo cual se materializaría mediante la suscripción de contratos de trabajo con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

Así mismo, con el fin de determinar la calidad de trabajadoras de las madres comunitarias y en medio de la formalización de su actividad, el artículo 3 del mencionado decreto 289 de 2014, excluyó a las mismas, de manera expresa, del concepto de servidoras públicas, disponiendo que prestarían sus servicios a las entidades administradoras del mencionado programa, las cuales serían sus únicos empleadores, **sin que se pudiera extender una solidaridad patronal con el ICBF.**

Frente a estas nuevas disposiciones que otorgaban una índole laboral al vínculo creado con las madres comunitarias, la Corte Constitucional en su sentencia SU-079 de 2018 se pronunció de la siguiente manera:

«La Ley 1607 de 2012, otorgó a las madres comunitarias y sustitutas una beca por un salario mínimo legal mensual vigente. Además, indicó que de manera progresiva durante los años 2013 y 2014, se diseñarían y adoptarían diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implicara otorgarles la calidad de funcionarias públicas. (...)En desarrollo de la anterior disposición, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 289 de 2014<sup>1</sup> reglamentando la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades operadoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

(...) si bien el programa de Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar viene funcionando desde hace más de treinta años, a cargo de madres voluntarias cuya finalidad era garantizar a los niños de bajos recursos económicos cuidado y bienestar, su vinculación a través de contrato laboral y, por tanto, regida por el Código Sustantivo del Trabajo, solo se estableció a partir del año 2014 con el Decreto 289 del 12 de febrero.

En conclusión, con anterioridad a la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, las madres comunitarias no tuvieron vínculo o relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cual supone que estos últimos no estaban obligados legalmente al pago de aportes parafiscales en favor de las primeras. Recuérdese que las tareas efectuadas por las madres comunitarias se realizaron dentro del marco de un trabajo solidario y una contribución voluntaria, de conformidad con la normatividad legal y la jurisprudencia constitucional.»

---

<sup>1</sup> “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones”.

Reiterando lo anterior, la mencionada Corporación, en su sentencia SU-224 de 1998 agregó que «Debe recordarse que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral», considerando que frente a las pretensiones dirigidas contra el I.C.B.F., «al no poderse legalmente estructurar una relación de trabajo entre las accionantes y el ICBF, para la Corte no existía obligación alguna en cabeza de la entidad accionada de reconocerla y de pagar las prestaciones sociales inherentes a la misma».

Además, dado que los servidores públicos tan solo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a sus competencias, reiteró la Corte en la mencionada providencia que «el ICBF no está llamado a responder por los derechos fundamentales por ellas invocados, pues ha sido la ley y el reglamento, quienes han establecido las características del régimen jurídico de los hogares comunitarios y sustitutos de bienestar, no pudiendo la entidad actuar en contravía del ordenamiento que la rige»; concluyéndose que «no puede atribuírsele válidamente al ICBF haber ejecutado durante la existencia de los programas de hogares comunitarios y sustitutos actuaciones ilegales tendientes a desconocer relaciones de carácter laboral con las madres encargadas de los mismos, pues el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional reiterada, no admitieron tal hipótesis», preceptos que se encuentran reiterados en providencia SU-273 de 2019.

En sentido similar se pronunció la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, cuando en su providencia SL4430 del 10 de octubre de 2018 (Rad. 54.744 y M.P. JORGE BURGOS RUIZ) explica que «la actividad demandada al constituirse como una modalidad de servicio público asumida por el Estado debe prestarse conforme al régimen jurídico que fije la ley», independiente que se haga directamente o mediante contratos, de forma que «el objeto del contrato se trata de una actividad sui generis regulada por normas especiales de derecho público y «solo están sujetas a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo», art. 128 del D.2388 de 1979, «actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución», art. 127 ibídem, lo que excluye la aplicación del artículo 34 del CST.»

De conformidad con este recuento normativo y jurisprudencial, revisando las fechas en que se suscitó la relación reclamada no es posible declararse la existencia de un contrato de trabajo entre la señora ALICIA VILLAMIZAR PANQUEBA y el ICBF, tal como lo pretende la activa, y por tanto, como quiera que el ordenamiento jurídico ha previsto y desarrollado de manera expresa las actividades ejercidas por las madres comunitarias y los hogares de bienestar, advirtiéndose en toda su esquematización que se trata de un

servicio desarrollado inicialmente bajo los preceptos de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad, y que fue formalizado, de manera paulatina, dentro de las políticas de progresividad de los derechos sociales y económicos, situación que ha sido advertida por la Corte Constitucional y que constituye un imperativo jurídico.

Entonces, considera la Sala que surge improcedente lo solicitado en la demanda, por cuanto el vínculo al cual se pretende otorgar una naturaleza laboral se desarrolló en un periodo anterior (1996 a 2007) a la ya analizada formalización de la actividad de las madres comunitarias decantadas en la Ley 1607 de 2012 y Decreto 289 de 2014, normatividad que igualmente y de manera expresa excluye la solidaridad de las obligaciones causadas con el ICBF, razón por la cual, se deberá CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 03 de mayo de 2019.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$877.803 m/cte.) a cargo de la señora ALICIA VILLAMIZAR PANQUEBA y en favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura y a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

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

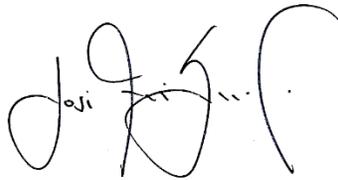
### **VIII. RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 03 de mayo de 2019.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$877.803 m/cte.) a cargo de la señora ALICIA VILLAMIZAR PANQUEBA y en favor del INSTITUTO COLOMBIANO

DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura y a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

**NOTIFÍQUESE**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

**MAGISTRADO**



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ**

**MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 062, fijado hoy en la  
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.  
Cúcuta, 3 de agosto de 2020



SECRETARIO

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



Departamento Norte de Santander

**TRIBUNAL SUPERIOR**

Distrito Judicial de Cúcuta

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE**

**Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta**

**Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2015-00395-00**

**Partida Tribunal: 17868**

**Demandante: JORGE ELIECER CORREDOR FUENTES**

**Demandado: Luis Ascencio Ibarra y Abraham Avendaño**

**Tema: CONTRATO DE TRABAJO**

**Ref.: ACLARACIÓN DE SENTENCIA**

**San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)**

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver la solicitud presentada por la parte demandada el día 29 de julio de 2020, relacionada con la **ACLARACIÓN** de la sentencia proferida el día 27 de julio de dicha anualidad dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2015-00395-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 17868 promovido por el señor **JORGE ELIECER CORREDOR FUENTES** contra los señores **LUIS ASCENCIO IBARRA FUENTES** y el señor **ABRAHAM AVENDAÑO**.

Conforme a lo anterior procede la Sala con las siguientes,

**I. CONSIDERACIONES**

El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social remite, por disposición del artículo 145, en los aspectos por él no contemplados, al Código de Procedimiento Civil **hoy Código General del Proceso** en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones.

Al respecto, el Artículo 285 del C.G. del P., aplicable por analogía a nuestro procedimiento por no encontrarse norma al respecto en él, establece que:

La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda,

siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.

Según la norma transcrita, es susceptible de **aclaración** la sentencia cuando ésta ofrezca **verdadero motivo de duda**, siempre que en la parte resolutive de la providencia se encuentren conceptos que se presten a interpretaciones diversas o que generen incertidumbre o que estén en la parte motiva pero tengan relación directa con lo establecido en la resolutive; así mismo, establece como regla general que **la sentencia no es revocable ni reformable por el Juez que la profirió**. Por lo anterior, no es posible reformar la sentencia so pretexto de **aclarar**, puesto que **no es posible modificar lo definido**.

Descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que en la parte considerativa de la sentencia proferida por esta Sala el día 27 de julio de 2020 se expuso lo siguiente:

«Por lo anterior, este Tribunal condenará al señor ABRAHAM AVENDAÑO VARGAS, al pago solidario de los aportes a pensión del actor del periodo comprendido **entre el día 18 de febrero de 2003 al día 22 de mayo de 2003 y del ciclo comprendido entre el 5 de noviembre de 2003 al día 10 de febrero de 2004**, periodo dentro del cual fungió como titular del título minero donde el actor prestó sus servicios personales a favor del señor LUIS ALFONZO IBARRA ASCENCIO».

Diferente a esto, en el numeral tercero de la parte resolutive de la mencionada providencia, se incluyeron, de manera equivocada, periodos de pago de dicha obligación que no corresponden a lo analizado por la Sala, así:

«CONDENAR SOLIDARIAMENTE al señor ABRAHAM AVENDAÑO VARGAS, al pago de dichos aportes pensionales, respecto de los ciclos comprendidos entre el 1º de agosto de 2002 al 22 de mayo de 2003 y del 5 de noviembre de 2003 al 10 de febrero de 2004, fecha para la cual el señor ABRAHAM AVENDAÑO VARGAS, fungió como titular del título minero objeto de explotación.».

Entonces, al ser claro que se probó dentro del proceso que fue a partir del día 18 de febrero de 2003 que el señor ABRAHAM AVENDAÑO VARGAS fungió como titular del título minero donde el actor prestó sus servicios personales a favor del señor LUIS ALFONZO IBARRA ASCENCIO, la fecha que

corresponde a la realidad de la condena en solidaridad impuesta, es aquella consignada en la parte considerativa de la providencia cuestionada.

Por lo anteriormente expuesto, se accederá a lo solicitado por la parte demandada el día 29 de julio de 2020, y en consecuencia realizará la **ACLARACIÓN** de la sentencia proferida por esta Sala el día veintisiete (27) de julio de 2020, conforme se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

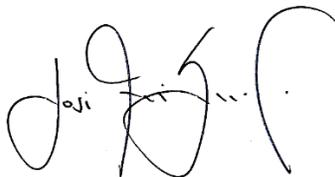
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA, por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL,

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia proferida por esta Sala el día veintisiete (27) de julio de 2020, respecto a la fecha de la condena incluida en el numeral tercero de la misma, en el sentido de **REVOCAR** el NUMERAL CUARTO de la sentencia apelada, y en su lugar **CONDENAR SOLIDARIAMENTE** al señor ABRAHAM AVENDAÑO VARGAS a cancelar a favor del demandante, los aportes a pensión de los ciclos comprendidos entre el día 18 de febrero de 2003 al día 22 de mayo de 2003 y del ciclo comprendido entre el 5 de noviembre de 2003 al día 10 de febrero de 2004, previo cálculo actuarial que deberá realizar la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- para tal efecto.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y forma por los que en ella intervinieron.



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**MAGISTRADO**



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ**  
**MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 062 , fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 3 de agosto de 2020.



---

SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
Distrito Judicial de Cúcuta  
SALA LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL  
RAD. JUZGADO: 54001-31-05-004-2017-00013-00  
PARTIDA TRIBUNAL: 18515  
JUZGADO ALEXANDER VARGAS VEGA  
ACCIONADOS: COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. y PERTEMPO S.A.S.  
ASUNTO: CONTRATO DE TRABAJO  
TEMA: APELACIÓN.

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**MAGISTRADO PONENTE**

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (N. de S.), procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el primero (1) de marzo de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-004-2017-00013-00 y P.T. No. 18515 promovido el señor ALEXANDER VARGAS VEGA a través de apoderado judicial contra la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. y PERTEMCO S.A.S.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes,

**I. ANTECEDENTES.**

El demandante solicita que se declare un contrato de trabajo a término indefinido en aplicación al principio de la primacía de la realidad con la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. desde el 14 de agosto de 2013 que hasta la actualidad dice, permanece vigente, sin embargo, en la segunda pretensión declarativa manifiesta que el contrato terminó por causal imputable al empleador; que las empresas PERTEMCO S.A.S. y S.O.S. EMPLEADO fueron intermediarias ocultas en la vinculación, que existe diferencia salarial y la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. solidariamente con las demás demandadas, deberá pagar los salarios dejados de percibir en los años 2015 y 2016, la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el art. 64 del CST, la sanción del art. 65 del CST, la indemnización del art. 26 de la Ley 361 de 1997, el pago de prestaciones sociales: cesantías de los años 2012, 2013 y 2014, al pago de la indemnización moratoria de cesantías 2013, 2014 y 2015; que la Compañía Minera

Cerro Tasajero deberá pagar los aportes dejados de pagar a las entidades de seguridad social desde el 14 de agosto de 2013 hasta la actualidad, al pago del excedente del sueldo desde el 14 de agosto 2013 hasta la solución del conflicto, al excedente de la prima de servicios, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, al pago de 2 horas recreativas, pago de perjuicios morales, al uso de las facultades ultra y extra petita, a las indexaciones de las sumas adeudadas y, al pago de las condenas en costas procesales.

## **II. HECHOS**

Manifestó el actor que prestó sus servicios en calidad de minero de oficios varios en minería con la Compañía Minera Cerro Tasajero S.A., mediante contratos individuales con Cooperativas de trabajo asociado y/o empresas de servicios temporales y éstas a su vez realizaban el contrato de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, durante largos periodos excediendo los establecidos legalmente desde el 14 de agosto de 2013 hasta la actualidad a través de intermediarias como PERTEMCO S.A.S. y S.O.S. EMPLEADOS. Que la Compañía Minera Cerro Tasajero S.A., es la verdadera empleadora y utilizaba intermediarias para falsear la verdadera relación laboral. Que percibía un salario mensual de \$1'600.000.00 determinándose que era por destajo más la producción; dice que fue enviado como trabajador en misión a firmar contratos por un valor de un SMMLV para eludir obligaciones laborales; que la Compañía Minera Cerro Tasajero S.A., prefirió pagar el valor superior al sueldo mínimo a las CTA y/o EST por su intermediación laboral que pagarles ese valor directamente; que siempre recibió órdenes e instrucciones directas de la Compañía Minera Cerro Tasajero S.A., en la mina ubicada en el Corregimiento de San Faustino cumpliendo un horario de 5:00 a.m. a 3:00 p.m. Que sufrió accidente de trabajo el día 20 de noviembre de 2013, que las empresas demandadas decidieron de manera unilateral no cumplir con la reubicación laboral iniciando con el desmejoramiento de sus condiciones laborales a partir del año 2014. Que el accidente del 14 de marzo de 2014 le generó quebrantos de salud que derivaron en las patologías HERNIA DISCAL L4-L5, LUMBALGIA CRÓNICA SECUNDARIA, DISCOPATÍA DEGENERATIVA GRADO III que le generaron incapacidades por 120 días que posteriormente generaron órdenes de reintegro y reubicación laboral con recomendaciones. Que mediante sentencia de tutela del 23 de junio de 2016 se ordenó el reintegro a un cargo acorde a sus condiciones de salud. Que las empresas demandadas violan el numeral 3º del art. 77 de la Ley 50 de 1990, el numeral 3º del art. 6º del Decreto reglamentario 4369 de 2006.

## **III. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDADAS.**

**LA SOCIEDAD PERTEMPO S.A.** a través de su apoderado judicial contestó la demanda, aceptando algunos hechos y oponiéndose a todas las pretensiones alegando que el demandante tuvo contrato de trabajo que estuvo vigente entre el 04 de julio de 2013 hasta el 20 de diciembre de 2013 como trabajador en misión en la Compañía Minera Cerro Tasajero S.A., es decir, dentro de los límites legales. Que el actor de

manera voluntaria al tenor del art. 132 del CST pactó un salario a destajo siendo que el promedio mensual devengado ascendió a \$1'521.358.00. Que el actor no sufrió accidente de trabajo ya que el día 3 de enero de 2014 según el examen de admisión realizado por el actor GEOVANNY MANDÓN NAVARRO arrojó APTO para ingresar a laboral con la sociedad S.O.S. EMPLEADOS. Que durante el periodo en que el actor prestó sus servicios para ésta sociedad, pagó los salarios convenidos, además, cualquier acción se encuentra prescrita. Además, dice que pago todas las prestaciones sociales. Propuso como excepciones de fondo al pago, el envío del demandante como trabajador en misión a la Compañía Minera Cerro Tasajero S.A., la debida afiliación al sistema integral de seguridad social, al sistema de riesgos laborales, inexistencia del accidente de trabajo, no limitación del demandante al momento de terminación del contrato de trabajo, a la ausencia de pruebas, a la inexistencia de la obligación, la genérica y la prescripción.

**LA COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A.** contestó la demanda a través de su apoderado judicial manifestando que el demandante prestó sus servicios para la sociedad como trabajador en misión, siendo vinculado por las empresas PERTEMCO y S.O.S. EMPLEADOS; empresas con las cuales se tenía inscrito un contrato comercial para el suministro de personal en misión; que es cierto que sufrió accidente de trabajo el día 14 de marzo de 2014 debidamente reportado por su empleador S.O.S. EMPLEADOS. Propuso como excepciones de fondo la prescripción, no tener la calidad de empleador, el cobro de lo no debido, el enriquecimiento sin causa, no estar el demandante protegido por la Ley 361 de 1997 y no haber superado los topes de contratación como trabajador en misión.

A folio 365 del expediente, el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta profirió auto fechado el día 13 de abril de 2018, donde decidió archivar las diligencias respecto a la demandada S.O.S. EMPLEADOS según lo señalado en el parágrafo del art. 30 del CPT y SS modificado por el art 17 de la Ley 712 de 2001.

#### **IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha 1º de marzo de 2019, declaró probada la excepción de mérito denominada NO TENER LA EMPRESA MINERA CERRO TASAJERO S.A. la calidad de empleador del demandante; declaró la excepción oficiosa de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN frente al demandante respecto a la pasiva PERTEMCO S.A. y CONDENÓ al demandante en condena en costas.

El A quo argumentó que conforme al análisis integral de las pruebas obrantes en el expediente, el demandante prestó sus servicios en calidad de trabajador en misión de la sociedad PERTEMCO para la empresa usuaria COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., cumpliendo con los términos de contratación estipulados para las

empresas de servicios temporales dispuestos en la Ley 50 de 1990 y artículo 6º del Decreto 4369; que PERTEMCO pagó en su totalidad con el salario, las prestaciones sociales y lo afilió al sistema integral de seguridad social; Que al ser desvinculada del proceso S.O.S. EMPLEADOS no entra en materia de la litis el análisis de la indemnización del art. 26 de la Ley 361 de 1997 ante el presunto accidente durante el tiempo de contratación con dicha empresa; de la misma manera, arguye que en el fallo de tutela se condenó a S.O.S. EMPLEADOS, y no hubo condena para con los otros demandados, razón por la que, no puede ser traída a colación. Que en el interrogatorio de parte, el actor manifestó que no fue contratado por la COMPAÑIA MINERA CERRO TASAJERO S.A. y que PERTEMCO y S.O.S. EMPLEADOS pagaron todos los salarios y prestaciones sociales debidas a la terminación del contrato.

## **V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

El apoderado judicial del demandante, interpuso recurso de apelación solicitando revocar la sentencia anterior, considerando que existe suficiente material probatorio que demuestra que el actor suscribió contrato individual de trabajo con la temporal PERTEMCO desde el 14 de agosto de 2013 prorrogado por más de 6 meses e ininterrumpido, en donde la COMPAÑIA MINERA CERRO TASAJERO la utilizó para realizar intermediación laboral. Que el actor recibía órdenes directas de la empresa usuaria, cumpliendo horario en la mina ubicada en San Faustino, indicando que la verdadera relación laboral era con la Compañía minera demandada, siendo solidarias las otras demandadas al pago de las pretensiones pedidas, todo ello, en consideración a lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de radicado 25713 del 6 de diciembre 2006, 32505 del 17 de febrero de 2009, y 35790 del 25 de mayo de 2010, en el sentido de que “la celebración de contratos con dichas temporales, no puede ser usado para ocultar la existencia de la relación de trabajo con el fin de evadir el reconocimiento y pago de los derechos laborales que se causen...”;

Que conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas con los sujetos contratantes, se demostró que el actor prestaba sus servicios de manera personal en el oficio de minero en oficios varios a favor de la compañía minera usuaria, quien junto con las demás demandadas, infringieron la prohibición legal y los parámetros establecidos por la Corte Constitucional; Que las conductas desplegadas por las demandas resultan transgresoras de los derechos fundamentales del trabajador, buscando evadir las obligaciones propias, usando la tercerización laboral, contemplada en el Decreto 583 del 2016.

En cuanto al despido sin justa causa, dice el A quo no tuvo en cuenta el estado de indefensión por la patología: discopatía con hernia discal degenerativa, igualmente las recomendaciones ocupacionales de los médicos tratantes y la terminación del contrato sin el permiso del Ministerio de Trabajo violando el derecho a la salud, a la seguridad social, el derecho a la rehabilitación de los disminuidos físicos sensoriales y psíquicos.

Dice que el Juez A quo omitió valorar integralmente las pruebas aportadas, donde se demostró que el demandante sufrió un accidente laboral que lo dejó con limitaciones para trabajar. Igualmente, dice que no se valoró el fallo de tutela proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo que amparó los derechos fundamentales del demandante, donde se decidió: *“amparar los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, la igualdad, al trabajo y al mínimo vital del señor ALEXANDER VARGAS VEGA y ORDENÓ a la empresa SOS EMPLEADOS al reintegro del actor”*.

## **VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**El apoderado judicial de la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A.** presentó los alegatos de segunda instancia el día 16 de julio de 2020, solicitando la CONFIRMACIÓN de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

## **VII. CONSIDERACIONES**

### **Principio de Consonancia.**

Conforme a lo previsto en el Art. 69 A del CPT y SS adicionado por el art. 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala de Decisión resolverá las inconformidades debidamente fundamentadas durante la apelación y aquellas que sean fuente de derechos ciertos e indiscutibles a favor del trabajador, siguiendo la orientación adoctrinada por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencias de radicado SL4981-2017, SL5159-2018 y SL2010 del 2019, entre otras y la sentencia proferida por la Corte Constitucional C-968-2003.

### **Aclaración Previa.**

Previo a determinar el objeto de la litis, se hace importante recordar que el Juez A quo mediante auto fechado el día 13 de abril de 2018 visto a folio 365 del expediente, consideró aplicable lo señalado en el parágrafo del art. 30 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social modificado por el art. 17 de la Ley 712 de 2001, ordenando el archivo de las diligencias respecto a la demandada S.O.S. EMPLEADOS, decisión que fue puesta en conocimiento a las partes y aceptada al no presentarse recurso alguno.

Conforme a lo anterior, el Juez A quo consideró, que las pretensiones incoadas por el actor que tuvieran relación con la demandada S.O.S. EMPLEADOS, entre ellas, los extremos pertinentes a la contratación, no se analizarían, sin embargo, se rememora que, para el presente asunto, se presentan 2 clases de relaciones, la primera: entre el intermediario, quien aun cuando vincula personal, no lo hace para sí, no recibe un beneficio de los servicios que presta el trabajador que ha enganchado, no imparte órdenes ni instrucciones y, la segunda relación entre el denominado por la norma como «*patrono*», quien sí se beneficia de los servicios, y ejerce activamente la subordinación, respecto del cual, sí se puede predicar un vínculo laboral.

Entonces, las relaciones jurídicas sustanciales que se suscitan con el empleador y el intermediario, no configuran el necesario contradictor, en la medida que, sin la presencia del último de los mencionados, en este caso, la S.O.S. EMPLEADOS es posible determinar si en verdad existió un contrato de trabajo con la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO quien en últimas es el que se benefició de las labores que ejerció el señor ALEXANDER VARGAS VEGA.

En atención a lo anterior, erró el Juez A quo cuando decidió omitir dentro de los extremos de la litis, la existencia o no del presunto contrato de trabajo con la usuaria y/o obligado principal durante todo el tiempo laborado en que el actor fue contratado por PERTEMCO y S.O.S. EMPLEADOS, ya que sin éstas dos últimas, es posible jurídicamente, determinar la obligación de la demandada principal en dado caso de ser condenada.

### **Problema Jurídico.**

Bajo las anteriores hipótesis, los problemas jurídicos a resolver es:

1. Determinar si en el presente caso existió, tal como lo alega la apoderada judicial recurrente, un contrato de trabajo entre el demandante Vargas Vega y la Compañía Minera Cerro Tasajero, el cual fue disfrazado utilizando la figura de la tercerización, a través de las empresas de PERTEMCO S.A.S. y S.O.S. EMPLEADOS, o por el contrario, dichas empresas eran las verdaderas empleadoras del demandante, siendo LA COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., simplemente la empresa usuaria del servicio, como lo fundamentó el Juez A quo. Si la respuesta es favorable al demandante, establecer si tiene derecho a las prestaciones sociales de cesantías, prima de servicios, intereses de las cesantías, vacaciones y cotizaciones a la seguridad social en pensión por ser éstos, derechos ciertos e indiscutibles.
2. Verificar si el demandante para el momento de la terminación del contrato gozaba de la estabilidad laboral reforzada prevista en el art. 26

de la Ley 361 de 1994, siendo procedente la condena a la indemnización prevista.

### **Normatividad Aplicable y Jurisprudencia Vigente.**

Analizando la figura de la intermediación laboral, la cual fue utilizada en este caso por la demandada, se encuentra que el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 define la empresa de servicios temporales como *“aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”*.

De la disposición transcrita se tiene que uno de los elementos esenciales de este tipo de acuerdos es la **temporalidad** del servicio de colaboración contratado. Quiere decir esto que el contrato comercial que suscribe la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales lo es para prestar un servicio restringido en el tiempo de apoyo o colaboración en los eventos consagrados en la ley.

La misma norma en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 establece lo siguiente:

Los usuarios de las empresas de servicios temporales solo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo de Trabajo.
2. Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

Mediante sentencia proferida por la Corte Constitucional C-330/1995, se declaró la exequibilidad de la norma transcrita, y en uno de sus apartes se expresó lo siguiente:

Para la Corte es claro que la finalidad de la norma es la protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes. Esa finalidad resulta evidente al examinar sus tres numerales.

El primero contempla las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o. del Código Sustantivo del Trabajo. Esta última norma define el trabajo ocasional, accidental o transitorio como el de corta duración, y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono. En consecuencia, es lógico que en este caso pueda el usuario de la empresa de servicios temporales contratar con ella, especialmente porque sus

necesidades no van más allá de las que puedan atenderse con el trabajo ocasional.

También es razonable el evento previsto por el numeral 2, es decir, el reemplazo de personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. Todas estas circunstancias llevan implícita la temporalidad del servicio.

Y, por último, el numeral 3, en el cual la finalidad protectora es ostensible. Según éste la contratación de servicios temporales es posible en estos casos:

- a) Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías;
- b) Para atender los incrementos en la cantidad de trabajo, que son propios de los períodos estacionales de cosechas;
- c) Para atender los incrementos en la prestación de servicios, como puede ocurrir en un hotel situado en un balneario, en la llamada alta temporada.

El fijar en el caso de este numeral un término mínimo de seis meses, prorrogable "hasta por seis (6) meses más", es, precisamente, la protección del trabajador permanente. Si la empresa quiere incrementar su producción permanentemente, no podrá seguir este camino. En el proyecto de ley, el término inicial y el de prórroga eran de un año, que el Congreso de la República redujo a la mitad; pero la finalidad, inequívoca, era la misma. En la exposición de motivos, al respecto, se lee:

"El control de las agencias temporales de empleo es un tema clave para que la reforma laboral cumpla el objetivo de mejorar la estabilidad de los trabajadores colombianos.

"El pliego de modificaciones incluye algunos puntos que seguramente ayudarán a desmontar los abusos que bastantes perjuicios están causando a los trabajadores. Son los siguientes:

"Se disminuyen a un año, con otro de prórroga, los períodos máximos de contratación de trabajadores temporales. La medida debe evitar que persista la tendencia de sustituir trabajadores permanentes por temporales".

Así, el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y la EST debe observar, reconducirse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios temporales, lo cual significa que el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos, socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral, que no confiesa su calidad de tal (ficto o falso empleador), y la empresa usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador. (Ver sentencia Corte Suprema de Justicia Rad.47977 del 16 de noviembre de 2016 SL17025).

Aunado a lo anterior, se deberá tener en cuenta, lo estipulado en el art. 13 del Decreto 24 de 1998 cuyo parágrafo señala:

PARÁGRAFO. < Parágrafo modificado por el artículo [2](#) del Decreto 503 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.

Por otra parte, se trae a colación lo señalado desde antaño por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de rad. 12382 del 31 de mayo de 2000 respecto al poder subordinandi:

“(…) la empresa usuaria es a quien le corresponde ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión de manera que está facultada para exigirles el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero esta facultad se ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la E.S.T., pues el personal enviado depende exclusivamente de ella. En otros términos, la usuaria hace las veces de representante convencional del patrono E.S.T., con el alcance previsto por artículo 1, inciso 1 del decreto 2351 de 1965 (C.S.T. art.32) esto es que lo obliga frente a los trabajadores, al paso que ante éstos los representantes (usuarios para el caso) no se obligan a título personal, sino que su responsabilidad, en caso de incumplir lo estipulado en el respectivo convenio que autoriza la representación.”

### **Caso en Concreto.**

Alega el demandante que existió entre él y la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO un contrato de trabajo en el cargo de oficios varios en minería, desde el 14 de agosto de 2013 y que fue despedido sin justa causa por el empleador, pero no precisa la fecha exacta, sólo señaló que para la fecha de presentación de la demanda (13 diciembre de 2016-fl.128) el contrato se encontraba vigente.

Frente a esto, LA COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. manifestó en su contestación a la demanda que nunca existió vínculo laboral alguna con el demandante, ya que ésta era trabajador en misión de las empresas de servicios temporales S.O.S. EMPLEADOS S.A. y PERTEMCO S.A.S. con las que suscribió un contrato comercial para el suministro de personal en misión, y que de conformidad con los *contratos individuales de trabajo de duración por obra o labor contratada* aportados por la demandante, PERTEMCO S.A.S. lo vinculó para que prestara sus servicios a favor de LA COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., a partir del 14 de julio de 2013 y hasta el 20 de diciembre de 2013, argumentando que cumplió con el límite temporal establecido en la Ley 50 de 1990.

### **Vinculación y tiempo de servicio con la sociedad PERTEMCO S.A.S.**

Así las cosas, es clara la vinculación que existió desde el **14 de julio de 2013 hasta el 20 de diciembre de 2013** entre el demandante VARGAS VEGA y la sociedad PERTEMCO S.A.S. mediante un contrato en calidad de trabajador en misión para prestar los servicios en la empresa usuaria COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., término que fue aceptado por ésta última y que además, existen diferentes pruebas documentales que lo confirman, tales como:

1. La historia Laboral de cotización a COLPENSIONES actualizada a julio de 2016, donde se aprecian pagos a favor del demandante en calidad de trabajador dependiente con la razón social PERSONAL TEMPORAL CO Y/O PERTEMCO desde el mes de julio de 2013 hasta el mes de diciembre de 2013 para un total de 25,74 semanas y con salario promedio de \$1'411.333.oo.
2. A folios 183-185 se allegó el contrato de prestación de servicios temporales suscrito entre PERTEMCO S.A.S. y la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A.
3. Desde el folio 186 al 191 se visualiza los aportes a seguridad social integral a favor del actor desde el 14 de julio al 20 de diciembre de 2013.
4. También se aportaron los desprendibles de pago de forma quincenal desde el mes de julio hasta diciembre de 2013 (fls.192-217), en el que se especificó el cargo que realizaba en la compañía minera: AUXILIAR DE OFICIOS VARIOS EN MINERÍA.
5. Igualmente, se aportó la liquidación del contrato vista a folios 218-219 por 167 días en la suma de \$1'409.607.oo. y la carta suscrita por el gerente general de la Compañía Minera Cerro Tasajero S.A. donde comunicó a PERTEMCO S.A.S. el día 19 de noviembre de 2013, la terminación de las actividades de la empresa para el 20 de diciembre de 2013.

Ahora, si bien es cierto que la contratación y prestación del servicio por parte del demandante desde el 14 de julio de 2013 hasta el 20 de diciembre de 2013 entre el demandante PERTEMCO y LA COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. se ajustó a las normas legales establecidas en la Ley 50 de 1990 como se explicó en renglones precedentes, en este asunto se procederá a verificar si la continuidad en el servicio superó la prórroga otorgada por las EST dispuesta en el numeral 3º del art. 77 de la mencionada ley.

### **Vinculación y tiempo de servicio con S.O.S. EMPLEADOS.**

En este sentido, observa la Sala, que del contenido de la contestación de la demanda, la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. a pesar de aceptar la relación comercial entre ésta y la empresa de servicio temporales S.O.S. EMPLEADOS S.A., no realizó manifestación alguna respecto al término en que prestó los servicios el

demandante con ésta sociedad, haciendo énfasis a la vinculación solamente con PERTEMCO S.A.S. la cual, perduró por 5 meses, desde julio a diciembre de 2013, amparándose en la legalidad del numeral 3º del art. 77 de la Ley 50 de 1990.

Se itera, que la notificación a la sociedad S.O.S. EMPLEADOS S.A., no fue posible y el Juez A quo decidió archivar las diligencias en su contra aplicando el parágrafo del art. 30 del CPT y SS pero omitió el estudio de lo pedido en la demanda inicial respecto a la existencia del contrato de trabajo con la empresa usuaria durante el periodo de contratación con dicha sociedad, omisión que debe ser analizada en esta instancia, en consideración a que la EST se convierte en un litisconsorcio facultativo como se expuso en renglones anteriores, por lo que, para efectos del análisis pertinente, se hace necesario acudir a las pruebas documentales aportadas por las partes y que gozan de plena validez al no ser tachadas de falsedad.

A folios 7-10 se aportó la cámara de comercio de la sociedad S.O.S. EMPLEADOS S.A. cuyo objeto social es la contratación de la prestación de terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades.

Igualmente, la cámara de comercio de la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., cuyo objeto social es toda actividad relacionada con la minería, la prospección, exploración, explotación, beneficio, transporte y comercialización nacional e internacional de minerales entre otras. (fls. 3-6).

A folio 15-21 se allegó el contrato de trabajo por obra o labor contratada determinada entre la S.O.S. EMPLEADOS y el demandante ALEXANDER VARGAS VEGA, con **fecha de inicio de labor el 07 de enero de 2014** en el cargo de oficios varios en minería categoría en misión y para prestar servicios a la empresa usuaria COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO-CÚCUTA. S.A. y con un sueldo mensual de \$616.000.

Con el mencionado contrato, se evidencia que la prestación de servicios del demandante con la empresa usuaria permaneció sin solución de continuidad y bajo el mismo cargo, pero con una empresa de servicios temporales diferente.

Así mismo, la ARL EQUIDAD el 18 de julio de 2016 certificó la afiliación a riesgos laborales del demandante a través de la sociedad S.O.S. EMPLEADOS en los periodos correspondientes entre el mes de enero de 2014 hasta el mes de octubre de 2015 (fl.22).

A folio 23 se aportó la terminación del contrato de trabajo por finalización de la obra o labor contratada del trabajador en misión ALEXANDER VARGAS VEGA suscrito por S.O.S. EMPLEADOS el día 30 de marzo de 2016; éste documento junto con el anterior, concuerda con la certificación expedida por el Jefe de Servicios Regional Centro de la demandada S.O.S. EMPLEADOS S.A., el señor Fernando Sánchez Laguna el día 30 de marzo de 2016, donde se constata que el actor prestó sus servicios como trabajador en misión en la empresa usuaria COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO desempeñando el cargo de OFICIOS VARIOS EN MINERÍA devengando un salario básico mensual por la suma de \$689.455.00 (fl.90).

Al unísono, se observa a folios 44-73 los comprobantes de pago a favor del actor suscrito por S.O.S. EMPLEADOS al prestar los servicios con la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO desde el mes de enero de 2014 en forma continua hasta el mes de abril de 2015, pero con salario mensual variado, que arroja un promedio mensual de \$763.938.00 contrario a lo suscrito en la anterior certificación laboral.

A folio 89 la sociedad S.O.S. EMPLEADOS S.A. el día 16 de enero de 2015 cumpliendo con las recomendaciones médicas y en aras de realizar la reubicación laboral, le comunicó al demandante que desde el 19 de enero de 2015 desarrollaría labores en la empresa Compañía Minera Cerro Tasajero S.A. en el cargo de oficios varios Campamento con remuneración salarial de un salario mínimo mensual legal vigente.

### **Interrogatorio ALEXANDER VARGAS VEGA.**

El demandante manifestó bajo la gravedad de juramento, que prestó sus servicios para la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. desde el 14 de agosto de 2014, firmando contrato de trabajo con PERTEMCO S.A.S., que finalizó el 20 de diciembre de 2014, posterior a ello, firmó contrato con S.O.S. EMPLEADOS S.A. prestando sus servicios en el mismo cargo de OFICIOS VARIOS DE MINERÍA en la misma empresa usuaria desde 17 de enero de 2014; que tuvo un accidente de trabajo el 14 de marzo de 2014, que fue despedido en el mes de marzo de 2016 y reintegrado en el mes de junio de 2016 por orden judicial de un fallo de tutela del mismo mes y año; que cuando ingresó nuevamente a trabajar con la empresa usuaria, fue reubicado en otro puesto de trabajo donde realizaba labores que conllevaban menos esfuerzo, era más suave debido a su discapacidad y le pagaban menos; que tuvo una PCL del 17% y duró reubicado en la empresa hasta el 28 de diciembre de 2018 cuando fue despedido, pero que no recuerda con qué empresa estaba vinculado en ese momento, ya que no logró obtener información respecto al nombre, solo que le decían que se llamaba PTA. Por último, indicó que durante la relación laboral desde el 14 de agosto de 2014 recibió lo correspondiente a las prestaciones sociales y el salario, pero que al momento de ser reintegrado, éste último disminuyó.

### **Solución del Primer Problema Jurídico.**

De las pruebas revisadas, es posible establecer que el señor ALEXANDER VARGAS VEGA prestó sus servicios a las empresas de servicios temporales PERTEMCO S.A.S. y S.O.S. EMPLEADOS S.A. siendo enviado como trabajador en misión a la empresa COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. en el cargo OFICIOS VARIOS EN MINERO, a través de dos contratos por duración de obra o labor, así:

- Desde el 14 de julio de 2013 y hasta el 20 de diciembre de 2013 (PERTEMCO).
- Desde el 07 de enero de 2014 y hasta el 30 de marzo de 2016 (SOS EMPLEADOS).
-

De igual forma, a pesar de que el actor manifestó en el interrogatorio absuelto que prestó sus servicios para la empresa usuaria hasta el 28 de diciembre de 2018 pero a través de otra empresa que no eran ni S.O.S. EMPLEADOS ni PERTEMCO, es evidente de las pruebas aportadas no es posible deducir ésta fecha como retiro definitivo, ya que las únicas pruebas válidas para determinar el extremo laboral final son la terminación del contrato vista a folio 23 y la certificación expedida por S.O.S. EMPLEADOS vista a folio 90, quienes concuerdan en que la terminación operó el 30 de marzo de 2016, además, de los desprendibles de nómina.

Ahora, revisando dicha contratación, se observa que si bien la empresa usuaria manifiesta que la contratación de personal a través de PROTEMCO y S.O.S. EMPLEADOS tenía como finalidad la obra o labor contratada es “POR PICO DE PRODUCCIÓN”, esta situación no fue probada en el trascurso del proceso por parte de la misma, ya que no aportó elementos de juicio que permitieran evidenciar que la contratación con las empresas de servicios temporales y el envío del señor ALEXANDER VARGAS VEGA a prestar sus servicios a su favor, se hubiera dado dentro de las circunstancias establecidas por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y que fuera citado anteriormente, para que tuviera lugar la contratación de personal en misión, es decir, que no demostró que se tratara de una labor ocasional, accidental o transitoria; que estuviera reemplazando personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, ni que estuviera atendiendo incrementos en la producción, transporte, ventas de productos o mercancías.

Igualmente, se observa que el demandante se desempeñó en el cargo de OFICIOS VARIOS EN MINERÍA, lo cual, en principio podría ser considerado como una actividad de carácter permanente en una empresa que, según su certificado de existencia y representación legal, tiene como objeto principal, entre otros, “...toda actividad relacionada con la minería, la prospección, exploración, explotación, beneficio, transporte y comercialización nacional e internacional de minerales entre otras. (fls. 3-6)”; así mismo, tampoco se demostró que el demandante debiera desempeñar sus funciones en alguna zona que tuviera el carácter de temporal, o que requiriera de sus servicios en virtud de algún aumento en la necesidad del servicio.

Y, si bien es cierto que el envío del actor como trabajador en misión se realizó mediante dos empresas de servicios temporales diferentes, es claro que, primero, entre la terminación y el inicio entre ambas sólo se dio la interrupción de 13 días entre sus contratos, decisión que claramente obedece a un intento por parte de las empresas demandadas de disfrazar la verdadera relación laboral, excediendo además, el término de prórroga prevista en el numeral 3º del art. 77 de la Ley 50 de 1990, es decir de 6 meses con prórroga de hasta 6 meses más, por lo cual, estas serán consideradas como aparentes, debido a que la relación, en la realidad, se dio sin solución de continuidad.

Ya lo ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencias tales como la del 17 de julio de 2019 con Rad. 58141, en la que manifestó que «las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990...» y que «la infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contrato laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados» (CSJ SL3520-2018 y CSJ SL467-2019).

Así las cosas, se procederá a REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en el ORDINAL PRIMERO, en este sentido, de DECLARAR no probada la excepción propuesta por la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. llamada “no tener la calidad de empleador del demandante”, y en su lugar, se DECLARARÁ la existencia de una relación de carácter laboral a TERMINO INDEFINIDO, entre el señor ALEXANDER VARGAS VEGA y la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. la cual se dio sin solución de continuidad, pero **entre el 14 de julio de 2014 hasta el 30 de marzo de 2016**, siendo la solución del primer problema jurídico, favorable parcialmente al demandante, pues se itera, de las pruebas documentales sólo se logró establecer como fecha de finalización del contrato o extremo final de la relación laboral, el 30 de marzo de 2016.

Con relación a la modalidad contractual cuando se acude irregularmente al fenómeno de la tercerización laboral la H. Sala de Casación de Laboral en Sentencia SL 17025 de 2016 claramente señaló: “La infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, **vinculado mediante contrato laboral a termino indefinido**, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos a favor de sus asalariados . A su vez debe tenerse a la empresa de servicios temporales como simple intermediaria, que al no manifestar su calidad de tal, esta obligada a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de aquella”.

Así las cosas, y ante la existencia del contrato de trabajo alegado en los extremos atrás señalados, procederá la Sala a pronunciarse sobre las condenas solicitadas en la demanda en ese particular sentido.

## **PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES, APORTES SSI E INDEMNIZACION MORATORIA DEL ARTICULO 65 DEL CST.**

Con respecto al pago de salarios, prestaciones sociales y los aportes a seguridad social integral causados durante la relación laboral declarada, se observa que fueron aportados al expediente las constancias de los pagos realizados al demandante por dichos conceptos por parte de PERTEMCO S.A.S., en el transcurso de la relación sostenida,

esto es, desde el 14 de julio de 2013 hasta el 20 de diciembre de 2013; así como la liquidación del contrato y los aportes al sistema pensional, todos ellos vistos a folios 186-191, 192-217, 218-220, razón por la que, sobre este periodo no hay lugar a imponer condena alguna respecto a estos derechos.

Igual sucedió con la empresa S.O.S. EMPLEADOS S.A. durante el periodo comprendido entre el 17 de enero de 2014 hasta el 30 de marzo de 2016, igualmente, en el interrogatorio absuelto por el demandante, bajo la gravedad de juramento manifestó que las empresas habían **reconocido los salarios, las prestaciones sociales y la indemnización al finalizar la contratación**, y que su queja se centraba en la nivelación salarial, ya que asegura que posterior a la reubicación fechada en el mes de junio de 2016, el salario fue inferior.

Así las cosas, se absolverá del pago de las prestaciones sociales y la indemnización del art. 65 del CST, a la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. durante el periodo comprendido entre el **14 de julio de 2013 hasta el 30 de marzo de 2016**, todo ello, con fundamento en las pruebas documentales aportadas y la confesión del actor en el interrogatorio de parte.

#### **Art. 99 de la Ley 50 de 1990.**

No obstante lo anterior, se observa que dentro del material probatorio, no obra prueba alguna respecto a la afiliación y consecuente consignación de las cesantías a un fondo pensional durante el periodo dentro del cual se acudió ilegalmente a la aludida intermediación razón por la que, en esta instancia será procedente la condena prevista en el No 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, reiterando lo ya señalado por esta Sala, en el sentido de que si bien es cierto, por vía de confesión se pudo establecer que las empresas intermediarias cancelaron las prestaciones sociales del actor, tales pagos no son motivo para justificar su omisión de afiliación y consignación al respectivo fondo de cesantías atendiendo la naturaleza del contrato aquí declarado (contrato a término indefinido), pues es su obligación realizar la consignación respectiva de tal prestación a más tardar el 15 de Febrero del año inmediatamente anterior a su causación.

En ese orden de ideas, esta Sala de Decisión **CONDENARÁ** a la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. al pago a favor del demandante ALEXANDER VARGAS VEGA de la indemnización moratoria de que trata el No 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, respecto a la ilegal vinculación realizada con la empresa S.O.S EMPLEADOS S.A, desde el día 17 de Enero de 2014 al día 30 de Marzo de 2016, sin que la aludida sanción se encuentre afectada por el fenómeno prescriptivo como quiera que la demanda fue interpuesta el día 13 de Diciembre del año 2016.

#### **CONDENA**

La indemnización moratoria por la omisión de la consignación de las cesantías a favor del actor va, desde el 14 de febrero de 2015 hasta el 30 de marzo de 2016, correspondiente a un día de salario del año 2014 por valor de \$25.464 diarios y del

año 2015 por valor de \$21.478.00, que da como resultado la suma de \$9'167.040 para el año 2015 y de \$1'933.020 para los 3 meses de 2016 calenda en la cual termino el contrato de trabajo aquí declarado, arrojando como resultado final el valor de **\$11'100.060.00.**

## **RELIQUIDACION SALARIAL Y PRESTACIONAL**

Insiste la Sala que ante la ausencia de caudal probatorio que corrobore lo alegado por el demandante ALEXANDER VARGAS VEGA sobre la vinculación con el empleador COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. en los periodos comprendidos entre el **1º de abril de 2016 hasta el 28 de diciembre de 2018** y consecuentemente con ello, los salarios devengados, se ABSOLVERÁ a la demandada del reconocimiento de dicho lapso en calidad de empleador y de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante entre ellas la RELIQUIDACION SALARIAL Y PRESTACIONAL solicitada, y se declarará probada la excepción de oficio INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO propuesta por la demandada del periodo comprendido entre el 14 de julio de 2014 hasta el 30 de marzo de 2016, al haberse demostrado el pago de salarios, prestaciones sociales y la indemnización correspondiente durante este lapso y a PERTEMCO ésta última mediante la figura de responsabilidad solidaria, comprobándose el cumplimiento de sus obligaciones durante los 6 primeros meses de vinculación laboral.

### **Solución del Segundo Problema Jurídico.**

Ahora, no se estudiará en este caso la posible existencia de una estabilidad laboral reforzada del actor en virtud con fundamento en dos aspectos principales:

1. Si bien es cierto que dentro de las pruebas obrantes en el expediente, se acreditó que el demandante durante la vinculación laboral, sufrió accidente de trabajo el 14 de marzo de 2014, que fue calificado por la ARL LA EQUIDAD compañía de seguros S.A., la JRCI de Norte de Santander con una PCL del 17.30%; éste mismo fue reintegrado y reubicado por S.O.S. EMPLEADOS para que prestara sus servicios en la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., según orden judicial del fallo de tutela proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Cúcuta el día 23 de junio de 2016 (fls.251-257), ratificado por el mismo demandante en el interrogatorio absuelto. Igualmente, a folio 25 se observa una solicitud suscrita por el actor ante la ARL LA EQUIDAD para el pago correspondiente a la indemnización por incapacidad permanente parcial; de la misma manera, ante la orden judicial, por versión del demandante, operó el reintegro y consecuentemente el pago de la sanción prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

2. No existen pruebas de la relación o vinculación laboral del demandante con la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. desde el 1º de abril de 2016 hasta el 28 de diciembre de 2018 según periodo afirmado por el señor VARGAS VEGA en la

declaración absuelta, por lo que, tampoco existen indicios de un despido y/o de la ocurrencia de un accidente laboral.

Bajo estas condiciones, respecto a la configuración de la estabilidad laboral reforzada consecuente con la aplicación de la Ley 361 de 1997, esta Sala considera que dicha pretensión será despachada en forma desfavorable al demandante, motivo por el cual la decisión de primera instancia deberá ser CONFIRMADA respecto a dicha pretensión.

### **Decisión.**

Así las cosas, en esta instancia se **REVOCARÁ** parcialmente la sentencia apelada en el **ORDINAL PRIMERO** proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 1º de marzo de 2019 y en su lugar, **DECLARAR** la existencia de una relación de carácter laboral, entre el señor ALEXANDER VARGAS VEGA y la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. la cual se dio sin solución de continuidad, entre el 14 de julio de 2013 hasta el 30 de marzo de 2016. Se **DECLARARÁ** no probada la excepción propuesta por la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. llamada “no tener la calidad de empleador del demandante”. **ABSOLVER** a la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. y en solidaridad a PERTEMCO S.A.S., del pago de las prestaciones sociales y de la indemnización del art. 65 del CST durante este periodo (14 de julio de 2014-30 de marzo 2016) por **DECLARARSE** probada las excepciones de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** y **COBRO DE LO NO DEBIDO**. No obstante, se **CONDENARÁ** a la misma empresa y a favor del demandante al pago de la indemnización moratoria por la omisión de la consignación de las cesantías a favor del actor va, desde el 14 de febrero de 2015 hasta el 30 de marzo de 2016, correspondiente a un día de salario del año 2014 \$25.464 y 2015 de \$21.478.00, que da como resultado la suma de \$9'167.040 para el año 2015 y de \$1'933.020 para los 3 meses de 2016, arrojando como resultado final el valor de \$11'100.060.00.

Se **ABSOLVERÁ** a la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante ALEXANDER VARGAS VEGA sobre la vinculación entre el **1º de abril de 2016 hasta el 28 de diciembre de 2018**.

**SE CONFIRMARÁ** en todo lo demás la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en esta providencia.

No se condenará en costas procesales en esta instancia por haber sido parcialmente favorable a la apoderada judicial recurrente del demandante.

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

### **VIII. RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** parcialmente la sentencia apelada en el **ORDINAL PRIMERO** proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 1º de marzo de 2019 y en su lugar, **DECLARAR** la existencia de una relación de carácter laboral a término indefinido, entre el señor ALEXANDER VARGAS VEGA y la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. la cual se dio sin solución de continuidad, entre el 14 de julio de 2013 hasta el 30 de marzo de 2016. En consecuencia se **DECLARA** no probada la excepción propuesta por la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. llamada “no tener la calidad de empleador del demandante”.

**SEGUNDO: ABSOLVER** a la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. y en solidaridad a PERTEMCO S.A.S., del pago de las prestaciones sociales y la indemnización moratoria del art. 65 del CST solicitada. En consecuencia se **DECLARAN PROBADAS** las excepciones de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** y **COBRO DE LO NO DEBIDO** formuladas.

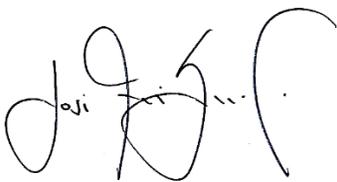
**TERCERO: CONDENAR** a la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., en su calidad de verdadero empleador del actor al pago de la indemnización moratoria por la omisión de la consignación de sus cesantías correspondientes a los años 2014 y 2015, en los términos previstos en el inciso 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. Por la cesantía correspondiente al año 2014 el equivalente a \$25.464 diarios y la correspondiente a la cesantía del año 2015 por valor \$21.478.00 diarios, que da como resultado la suma de \$9'167.040 para el año 2015 y de \$1'933.020 hasta el día 30 de Marzo de 2016 fecha en la cual termino el contrato de trabajo, arrojando como resultado final el valor de \$11'100.060.00.

**TERCERO: ABSOLVER** a la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante ALEXANDER VARGAS VEGA sobre la vinculación entre el **1º de abril de 2016 hasta el 28 de diciembre de 2018**, y en tal virtud se **DECLARAN PROBADAS** las excepciones de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO**.

**CUARTO: CONFIRMAR** en todo lo demás, la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en precedencia.

**QUINTO: SIN CONDENAS EN COSTAS** en esta instancia ante la procedencia del recurso de apelación.

**NOTIFÍQUESE.**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

**MAGISTRADO**



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ**

**MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 062, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 3 de agosto de 2020



SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
Distrito Judicial de Cúcuta

PROCESO: ORDINARIO LABORAL  
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-004-2017-00137-00  
PARTIDA TRIBUNAL: 18516  
JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA  
DEMANDANTE: LUIS EMILIO VANEGAS GONZALEZ  
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y ASALUD LTDA.  
TEMA: NULIDAD DE OFICIO POR FALTA DE INTEGRACIÓN LITIS CONSORCIO NECESARIO  
ASUNTO: APELACIÓN

**DR. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**MAGISTRADO PONENTE**

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, procede a resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 13 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral, con radicado interno No. 54-001-31-05-004-2017-00137-00 y Partida del Tribunal No. 18516 promovido por el señor LUIS EMILIO VANEGAS GONZALEZ a través de apoderado judicial, contra COLPENSIONES Y ASALUD LTDA.

**I. AUTO INTERLOCUTORIO**

Sería del caso entrar a resolver el recurso de apelación contra la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 13 de marzo de 2019, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, si no fuera porque en este momento la Sala observa la existencia de una causal de nulidad que vicia lo actuado, conforme a los siguientes,

**II. ANTECEDENTES.**

El señor Luis Emilio Vanegas González a través de apoderado judicial demanda a COLPENSIONES y ASALUD LTDA, para que se deja sin efecto la fecha de estructuración de la PCL determinada por ASALUD LTDA el 26 de julio de 2015, mediante el cual se calificó la PCL en un 54,34%; que COLPENSIONES reconozca

y pague la pensión de invalidez, el retroactivo pensional, la inclusión en nómina, los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, al uso de las facultades extra y ultra petita y se condene en costas procesales.

## **II. HECHOS.**

Manifiesta el demandante que ASALUD LTDA le practicó el 26 de julio de 2015 dictamen de PCL con resultado del 54,34% y fecha de estructuración del 22 de mayo de 2015 por enfermedades de origen común: HIPOACUSIA MIXTA NEUROCONDUCTIVA Y NEUROSENSORIAL NO ESPECIFICADA, HIPERMETROPÍA, PRESBICIA, CEGUERA DE UN OJO, VISIÓN SUBNORMAL DEL OTRO; que las condiciones médicas no corresponden a los argumentos del dictamen; que la historia clínica registra que sufrió trauma ocular derecho con herida de córnea y conjuntivitis bacteriana secundaria al trauma, por accidente de trabajo pérdida de ojo derecho desde el 1º de febrero de 1993, que el día 24 de noviembre de 2010 presentó otro accidente de trabajo con diagnóstico de ruptura de RMN completa de tendón del supra-espinoso y bursitis, Hipoacusia del oído derecho diagnosticada en el 2014; síndrome del manguito rotador por accidente de trabajo con fecha de estructuración del 2010; que solicitó la pensión de invalidez el 26 de noviembre de 2015 a COLPENSIONES y mediante resolución GNR 45819 del 11 de febrero de 2016 fue negada la prestación; que por sus patología no volvió a trabajar.

## **III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal a través de su apoderada judicial, manifestando que son parcialmente ciertos algunos hechos, se opone a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, alegando que el actor no cumple con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 modificada por el art. 1º de la Ley 860 de 2003 para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez; que el dictamen proferido por ASALUD LTDA el 26 de julio de 2015 no fue motivo de controversia para que fuera remitido a la JRCCI, adicionalmente, tampoco se ejerció los recursos contra la resolución No.45819 del 11 de febrero de 2016 proferida por ésta administradora quien se ocupó de verificar de forma minuciosa, lo adocinado por las altas cortes respecto al “CONCEPTO DE INVALIDEZ ANTE ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS PROGRESIVAS”, contabilizando las 50 semanas desde la fecha del dictamen o desde la fecha de estructuración y tampoco cumple con el requisito. Propuso como excepciones de fondo, el

indebido agotamiento de la reclamación administrativa, la prescripción, la inexistencia de la obligación, la falta de título y causa y la genérica.

En cuanto a **ASALUD LTDA** el Juez A quo tuvo por no contestada la demanda.

#### **IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha trece (13) de marzo de 2019, resolvió ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor LUIS EMILIO VANEGAS GONZALEZ y condenó en costas procesales al demandante a favor de la administradora de pensiones en un SMMLV para el 2019.

La anterior decisión la fundamentó en los siguientes aspectos: que el demandante no cumplió con las semanas exigidas en el art. 1º de la Ley 860 de 2003, es decir, no cumplió con las 50 semanas de cotización anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad; así mismo, indicó que no es jurídicamente viable y aceptable pretermitir el trámite extra procesal establecido en el art. 142 del Decreto 019 de 2012, es decir, no es posible acudir directamente a la justicia ordinaria para la obtención de un dictamen que califique tanto enfermedades de origen común como de origen laboral, sin previa participación de todas las entidades involucradas, entre estas, las administradoras de riesgos laborales; por lo que, si la intención del demandante fue saltarse éste procedimiento previo, en este asunto sólo será procedente tener en cuenta las pruebas aportadas al expediente, esto es, los dictámenes proferidos por ASALUD LTA y COLPENSIONES. Que en aplicación a lo señalado por la Corte Constitucional para el conteo de las semanas en afiliados con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, el demandante tampoco cumple las semanas exigidas contabilizadas 3 años atrás desde la fecha del dictamen.

#### **V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado judicial del demandante inconforme con la decisión anterior, interpuso recurso de apelación donde trae a colación lo señalado en las sentencias T070-2014 y SU024-2018, para argumentar que el demandante cumple con el porcentaje previsto en la norma para la declaración de la invalidez y su derecho a la prestación. Que la pretensión principal es correr la fecha de estructuración en la que se efectuó el porcentaje de PCL superior al 50% en aras de obtener el segundo requisito de las 50 semanas en los últimos 3 años inmediatamente anteriores; que según sentencia de unificación antes mencionada, no es necesario para las enfermedades degenerativas y crónicas, exigirle al afiliado la fidelización al sistema de seguridad social para obtener un sustento mínimo mensual con el cual pueda subsistir, lo que afectaría los derechos fundamentales como la seguridad social, mínimo vital y vida digna.

## **V. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

**El apoderado judicial del demandante** mediante escrito presentado a través de correo electrónico de la Secretaría de esta Sala presentó sus alegatos de conclusión, solicitando revocar la sentencia de primera instancia, considerando que la fecha de estructuración no se ajusta a la realidad pues el señor Luis Emilio Vanegas vio limitada su fuerza laboral desde que trabajaba como minero. Que con los documentos a folios 200 y 41 se puede observar que el padecimiento del demandante se remonta a un muy anterior al señalado.

**La apoderada judicial de COLPENSIONES** presentó sus alegatos de segunda instancia, ratificando lo dicho en primera instancia en el sentido de que el demandante no cumple a cabalidad con los requisitos previstos en las normas aplicables, además, al revisar lo señalado en la Corte Constitucional, tampoco cumple con dichas exigencias para las enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas. Que obra concepto emitido por Colpensiones en el cual se califica una pérdida del 54.34% de su capacidad laboral estructurada el 22 de mayo de 2015 mediante dictamen No: 2015106235DD del 26 de julio de 2015, se tomará como fecha para el presente estudio la de emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral, es decir, (26 de julio de 2015), por lo que entre el 26 de julio de 2012 al 26 de julio de 2015, únicamente registra 0.14 semanas de cotización, ya que sólo realizó cotizaciones discontinuas entre el 1° de enero de 2014 hasta el 31 de enero de 2014, razón por la cual no cumple con las 50 semanas de cotizaciones de conformidad con la Ley 860 de 2003. Por último, solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia.

Surtido el término para alegar, se procede a resolver el conflicto, teniendo en cuenta las siguientes,

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **Problema Jurídico.**

Teniendo en cuenta lo dicho en precedencia junto con las pruebas aportadas al expediente, surge para la Sala la siguiente inquietud:

Vulnera el Juez A quo el derecho del demandante LUIS EMILIO VANEGAS GONZALEZ al no permitir incorporar un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral, aún teniendo en cuenta que éste se decretó

en primera instancia pero no se logró practicar?. Y en caso de ordenarse dicho dictamen en segunda instancia, debe ser vinculada al proceso la ARL a la que pertenece el afiliado?.

Se aclara que, la nulidad es una sanción jurídica que conlleva a restarle eficacia a un acto jurídico, que ha nacido con algún vicio o que simplemente no ha nacido formalmente al mundo del derecho, así las nulidades procesales refieren a los actos viciados realizados al interior de un proceso.

Así las cosas, se tiene que, el 13 de marzo de 2019 el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta profirió sentencia, absolviendo a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, aun cuando señaló expresamente lo siguiente:

“(...)...lo que puede entenderse por el despacho es que la intención del actor es acumular las diferentes patologías calificadas según el dictamen de Colpensiones folios 7 a 9 con el dictamen de pérdida de la capacidad laboral por el accidente visto en los folios del 22 al 25 vuelto, pero logrando una nueva calificación con fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, pero soslayando el trámite extra procesal obligatorio del artículo 142 del decreto 019 del 2012, al cual tiene que necesariamente acudir para garantizar el derecho igual de COLPENSIONES, el debido proceso, derecho de defensa e incluso de la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA como quiera que se encuentra comprometido un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral cuyo origen fue un accidente de trabajo pero la tesis más aceptable al tramitar la demanda es la intención del actor de obtener a través de una prueba pericial decretada aquí en el proceso, una calificación de nueva fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, soslayando la prueba en firme del dictamen en primera oportunidad de ASALUD o COLPENSIONES...”

### **Normatividad Aplicable y Jurisprudencia Vigente.**

La Constitución Política Colombiana en su artículo 29 establece que *“El Debido Proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*. Y para garantizar el cumplimiento de dicha norma que consagra el derecho fundamental al Debido Proceso, en los diversos ordenamientos procesales se tipifican como causales de nulidad de las actuaciones judiciales las circunstancias que en consideración del legislador se erigen en vicios tales que impiden que exista aquel.

El artículo 61 del C.G. del P. (antes Artículos 51 y 83 C.P.C. modificado por el Decreto 2282 de 1989 art. 1º), aplicable a nuestro ordenamiento por remisión del artículo 145 del C.P. del T. y de la S.S., señala:

«Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado...” “los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos. Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio”.

El caso del litisconsorcio necesario u obligatorio se presenta cuando no es posible que el juez se pronuncie sobre la obligación sin que la decisión comprenda u obligue a terceras personas. Por ello, el litisconsorcio puede ser de diversas clases: **(i) será necesario**, cuando la relación jurídico material discutida es una sola e indivisible, por la cual la ausencia de cualquiera de ellos impide un pronunciamiento de fondo y determina un fallo inhibitorio, **(2º) es voluntario o facultativo** cuando, entre varias personas que integran la parte demandante, la demandada o ambas, median relaciones jurídicas independientes, pero afines o conexas, por lo cual podrían ser objeto de procesos separados y, **(3º) es cuasi - necesario** cuando, cualquiera de las personas que se hallan en una misma situación están legitimadas para adoptar la calidad de parte en el proceso, pero basta que actúe una de ellas para que pueda proferirse sentencia de fondo o mérito que las afecte o beneficie a todas.

### **Caso en concreto.**

Conforme lo expuesto, se evidencia en el caso que nos ocupa tal como lo deduce el Juez A quo, que la intención del demandante siempre fue lograr un dictamen de pérdida de capacidad laboral que calificara las patologías padecidas de FORMA INTEGRAL, ya que al padecer en años anteriores de accidentes laborales con la respectiva calificación, los diagnósticos de “ruptura de RMN completa de tendón del supra-espinoso y bursitis y el síndrome del manguito rotador por accidente de trabajo con fecha de estructuración del 2010” no fueron incluidos en el dictamen proferido por COLPENSIONES.

En efecto, se vulnera el derecho al debido proceso de una persona que solicita el trámite de la calificación de invalidez, cuando las Juntas en sus dictámenes

determinan el porcentaje de la PCL, **sin suficiente fundamento fáctico ni probatorio**; Por lo tanto, éstas entidades deberán realizar una valoración completa del estado de salud de la persona atendiendo sus condiciones específicas apreciadas en conjunto, sin que sea posible establecer diferencias en razón de origen, ya sea profesional o común (ver sentencia T-331 del 2015 proferida por la CC).

Consecuente con lo anterior, se tiene que al interior de un proceso judicial en la calificación de la PCL y el origen de una enfermedad o accidente, las **Juntas de Calificación de Invalidez intervienen como auxiliares de la justicia**, de suerte que la selección del órgano encargado de practicar el dictamen pericial es del resorte del instructor del proceso, en virtud del principio de libertad probatoria del que están asistidos los juzgadores de instancia no solo en cuanto a la valoración de los elementos de juicio incorporados al expediente, sino además al optar por el medio de prueba que estima más adecuado para demostrar los supuestos fácticos en que se soportan pretensiones y excepciones, sea que los decrete por su propia iniciativa, ora por petición de las partes (ver sentencia SL-9184 del 2016 CSJ).

Así es que, los mencionados dictámenes no son pronunciamientos de naturaleza judicial que diriman de manera definitiva las controversias surgidas en relación con la calificación de la pérdida de incapacidad laboral, por cuanto le **corresponde a los jueces valorar las pruebas aportadas para lograr determinar la titularidad de los derechos que se reclaman**, concordante con lo señalado en el art. 40 del Decreto 2463 del 2001 que dispone <<Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, **serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral**, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente...>>.

### **Decisión.**

Por las consideraciones anteriores, esta Sala considera indispensable previo a ORDENAR la realización del dictamen a la Junta Regional de Calificación de Invalidez como tantas veces ha insistido el apoderado judicial del demandante, que se INTEGRE AL LITIS CONSORCIO NECESARIO a la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. o a la aseguradora de riesgos a la que pertenece actualmente el demandante LUIS EMILIO VANEGAS GONZALEZ, como quiera que, resulta un hecho incontrovertible que al padecer de enfermedades de origen común como laboral, su vinculación cobra una especial importancia en las equivalencias de porcentajes que en dado caso emitiera la junta calificadora.

## **Solución del Problema Jurídico.**

De lo anterior se desprende que, en el caso que hoy ocupa la atención de la Sala, existe una violación al debido proceso, toda vez que el Juez de primera instancia cercenó el derecho que le asiste al demandante de obtener una CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL DE FORMA INTEGRAL quien, como se dijere en acápite anterior, para el momento de la calificación proferida por COLPENSIONES en el 2015 y ASALUD LTA, padecía de diferentes enfermedades de origen laboral, sin haberse incluido dichas patologías en éstas últimas valoraciones, siendo indispensable la vinculación de la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS o a la que se encuentre afiliado el actor para que ejerza su derecho de defensa y contradicción.

## **Nulidad Procesal.**

Por lo anterior, en este asunto se está en presencia de una nulidad insaneable tal y como lo precisa el numeral 8º del artículo 133 del Código General del Proceso, sanción que es el único camino posible para hacerle frente a la situación en comento, de estar el proceso en segunda instancia, por estar previsto el remedio de la integración solo cuando no se haya dictado sentencia de primera instancia.

Luego entonces, el presente proceso no podía ser decidido de fondo por el juez de conocimiento, pues atendiendo lo dispuesto en los artículos 61 del CGP aplicable por remisión del art. 145 del C.P. del T. y de la S.S., era necesario la intervención de la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS o a la que se encuentre afiliado el actor para que ejerza su derecho de defensa y contradicción, pues los resultados del presente proceso le pueden afectar.

Por todo lo anterior, no queda otra alternativa que decretar la nulidad por violación al debido proceso a partir, de la sentencia de fecha trece (13) de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto del Circuito de Cúcuta, para lo cual se ordenará que se integre la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS o a la que se encuentre afiliado el actor para que ejerza su derecho de defensa y contradicción.

Se deja claro que la nulidad decretada en esta providencia lo es sólo para la integración o vinculación a este proceso de la persona mencionada anteriormente; además, se rememora que las pruebas legalmente aportadas y recaudadas en este proceso conservan su validez y eficacia ante el advenimiento de la declaración de nulidad, conforme lo consagra el inciso 2º del artículo 138 del C.G. del P., por tanto se devolverá el expediente al Juzgado

de origen para que dé cumplimiento a lo reseñado anteriormente y cumplido el procedimiento profiera la sentencia correspondiente.

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

## **VII. RESUELVE**

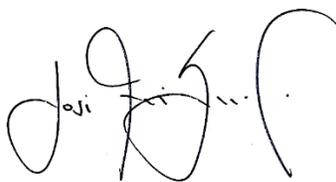
**PRIMERO: DECRETAR DE OFICIO LA NULIDAD** de todo lo actuado en el asunto de la referencia a partir de la sentencia proferida por el JUEZ CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA el 13 de marzo de 2019, inclusive, y, ordenar para que en el término de diez días a partir de la notificación del presente proveído, integre al contradictorio a la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS o a la que se encuentre afiliado el actor para que ejerza su derecho de defensa y contradicción, pues las resultas del presente proceso le pueden afectar.

**SEGUNDO: ADVERTIR** que las pruebas practicadas y las consecuencias que ellas generan conservan validez respecto de las partes que tuvieron la oportunidad de ejercer su respectivo derecho de contradicción, sin perjuicio de poder controvertir la que el operador judicial de la primera instancia pudiera llegar a decretar y practicar por solicitud de la vinculada al contradictorio como consecuencia de la nulidad aquí decretada, según la claridad hecha en la parte motivo y siguiendo lo establecido en el artículo 146 del C.P.C. hoy art. 138 del C. G. del P.

**TERCERO: ADVERTIR** al Juez A quo que una vez se integren las partes en forma completa al proceso, proceda por todos los medios jurídicamente posibles, a garantizar la realización del dictamen de PCL a la Junta Calificadora de Invalidez que decida.

**CUARTO:** No condenar en costas en la segunda instancia por no haberse causado.

**NOTIFIQUESE.**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA  
MAGISTRADO**



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**



**NIDIA BELEN QUINTERO GELVEZ**

**MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 062 , fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 3 de agosto de 2020



SECRETARIO

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



Departamento Norte de Santander

**TRIBUNAL SUPERIOR**

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE**

**Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-33-33-005-2017-00315-00

Partida Tribunal: 18409

Demandante: NANCY SUÁREZ VELASCO

Demandada (o): ICBF

Tema: CONTRATO DE TRABAJO

Ref.: APELACIÓN DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 03 de diciembre de 2018, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-33-33-005-2017-00315-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 18409 promovido por la señora NANCY SUÁREZ VELASCO contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

**I. ANTECEDENTES**

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare que entre ella y el ICBF existió un contrato de trabajo realidad a término indefinido, desde enero de 1994 a marzo de 2004, tiempo durante el cual se desempeñó como madre comunitaria, y como consecuencia, se condene a la entidad al reconocimiento y pago de salarios, primas de servicio, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, dotación, horas extras diurnas, aportes al sistema general de seguridad social integral, la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST, la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indexación de las sumas que se reconozcan y costas y gastos procesales.

## **II. HECHOS**

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos expuestos a folios 44 y 45 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que prestó sus servicios al ICBF desde enero de 1994 a marzo de 2004, tiempo durante el cual se desempeñó como madre comunitaria en el programa FAMI, en el hogar comunitario denominado NUEVA COLOMBIA, ubicado en el barrio Chapinero, de Cúcuta.
2. Que su vinculación al ICBF se originó mediante contratos por intermedio de operadores denominados ASOCIACIONES DE PADRES DE FAMILIA, pero siempre a órdenes y vigilancia del instituto, cumpliendo jornadas de trabajo que superaban las 6 horas diarias.
3. Que mediante escrito radicado el 31 de enero de 2017, ante la entidad, se presentó solicitud de reclamación administrativa de conformidad con el artículo 6 del CPTYSS, frente a la cual la pasiva dio contestación el 28 de febrero de 2017, informando que no procedía el reconocimiento de la relación laboral e igualmente no se accedió al reconocimiento de las acreencias laborales.

## **III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA**

Notificado el libelo a la demandada INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, ésta dio contestación aceptando como ciertos los hechos 11 y 12, el resto que no son ciertos o no le consta; se opuso a la totalidad de las pretensiones, manifestando que la demandante nunca ha ostentado la calidad de empleada de la entidad, y carece de un vínculo laboral; que los Hogares Comunitarios de Bienestar, HCB, son una modalidad de atención a la primera infancia que funcionan mediante el otorgamiento de becas a las familias por parte del ICBF, para que en corresponsabilidad con la sociedad y el Estado, utilizando un alto porcentaje de recursos locales, se atiendan las necesidades básicas de afecto, nutrición, salud, protección y desarrollo psicosocial de los niños y niñas en la primera infancia, entendida esta como la etapa comprendida desde la gestación hasta los 5 años de edad.

Indicó que tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado han coincidido en concluir que la naturaleza jurídica de la relación de las madres comunitarias con las entidades y asociaciones que participan en el programa, no genera relación laboral alguna, ello derivado del imperativo establecido en el artículo 4 del decreto 1340 de 1995.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir o demandar, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica del ICBF para celebrar contratos

de trabajo, inexistencia de los requisitos para aplicar la excepción de inconstitucionalidad, legalidad del acto, interpretación y aplicación sistemática de las normas que regulan el servicio del Bienestar Familiar, proporcionalidad entre la labor realizada y la beca otorgada, desconocimiento del principio de igualdad, desconocimiento de la potestad reguladora, los actos atacados no constituyen actos administrativos, prescripción y la genérica.

#### **IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 03 de diciembre de 2018, resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el ICBF, y por tanto lo absolvió de las pretensiones incoadas en su contra por la señora NANCY SUÁREZ VELASCO.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que no concurren los elementos para que pueda entenderse y tenerse por cierta la existencia de una relación laboral como la alegada; consideró que de las pruebas se determinó que la demandante prestaba un servicio pero era en beneficio de su misma comunidad, y que no se acreditaron los elementos de subordinación ni la existencia de un salario como retribución de sus actividades; trajo a colación la sentencia SU 079 de 2018 proferida por la H. Corte Constitucional y concluyó que se ha sostenido que la vinculación de las madres comunitarias con los hogares comunitarios era de naturaleza contractual regida bajo las normas civiles.

#### **V. RECURSO DE APELACIÓN**

##### **1. PARTE DEMANDANTE.**

La parte demandante estuvo en desacuerdo con la anterior sentencia, por lo que presentó recurso de apelación en su contra, manifestando que la configuración de cada uno de los elementos esenciales del contrato del trabajo se dan dentro del presente proceso; con respecto a la **actividad personal del trabajador** indicó que esta fue realizada por la demandante conforme a las ratificaciones dadas por la misma en su interrogatorio, quien manifestó que a ella le hacían visitas por parte del bienestar y así mismo lo afirmaron las dos deponentes que asistieron como testigos; que tenía como retribución un **salario** por su servicio el cual era desembolsado por la entidad demandada a la cual le denominaba beca, como se ha conocido a lo largo de los años a través de las sentencias constitucionales; que con relación a **la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador**, se demostró que se encontraba bajo la continuada subordinación o dependencia del ICBF, por cuanto este último como director, coordinador y ejecutor principal del programa hogares comunitarios de bienestar siempre

tuvo el poder de dirección para condicionar el servicio personal prestado por la madre comunitaria y contó con diversas facultades para imponer medidas o sanciones de naturaleza disciplinaria ante el incumplimiento de las directrices o lineamientos específicos que esa misma entidad estableció para el funcionamiento y desarrollo del mencionado programa.

Alegó que, con todo lo anterior, con observancia y adecuada aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades contemplado en el artículo 53 de la Carta Magna, se puede predicar que lo que ha existido con las denominadas asociaciones de padres de hogares comunitarios ha sido lo que se denomina una tercerización y por ende, con garantía en la protección de la efectividad de los derechos laborales que reclama en este proceso, ante el presunto desconocimiento sistemático de estos derechos por parte del ICBF, esta entidad ha implementado estrategias jurídicas encaminadas a ocultar un contrato de trabajo real y así evadir las verdaderas obligaciones que emanan del mismo.

Que se ha demostrado a través de los años que las asociaciones de padres de familia siempre han sido dependientes del ICBF pues son ellos quienes suministran los recursos, los que dan las directrices conforme a los contratos que se firman, los que hacen las vigilancia el control y hacen la entrega de los recursos con los cuales se paga la denominada beca que corresponde a los salarios que reciben las madres comunitarias.

## **VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

1. **PARTE DEMANDADA.** El ICBF reiteró que entre la señora NANCY SUÁREZ VELASCO e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR nunca existió vínculo laboral.

Que el ICBF canaliza sus compromisos a través del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, del cual forman parte los Hogares Infantiles, y para tal efecto, y por ser una actividad de orden técnico, la ley permite que la entidad suscriba contratos especiales de aporte con personas jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, fundaciones y/ asociaciones, en virtud de los cuales el ICBF se obliga a proveer a una asociación y/o fundación de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de esta, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de

Bienestar Familiar, la vigencia de estos contratos de aporte será anual, pero podrá prorrogarse de año en año.

Manifestó que la ley 89 de 1988, en el párrafo 2 del artículo 1 define a los Hogares Comunitarios así "...Se entiende por hogares comunitarios de Bienestar aquellos que se constituyen a través de becas el ICBF a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres de país".

Que el programa debe ser ejecutado directamente por la comunidad, a través de las asociaciones de padres de familia de los menores beneficiarios o de otras organizaciones comunitarias como las madres comunitarias, con una vinculación y contribución voluntaria, puesto que se deriva de la obligación de asistir y proteger a los niños, la cual corresponde a toda la sociedad y la familia.

Indicó que para que exista una vinculación de carácter laboral se requiere la prestación personal del servicio por parte del trabajador, y en este caso de las madres comunitarias, no prestan ni han prestado, la labor personal al ICBF, sino que brindan o han brindado un trabajo solidario a la comunidad en razón de su contribución voluntaria por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la familia y la sociedad, por consiguiente dicha vinculación no implica relación laboral; que lo que existe realmente es una distribución de competencias, el Estado, la sociedad y la familia.

Que el ICBF no emite órdenes o instrucciones a las madres comunitarias para el ejercicio de su actividad, sino que, en el desarrollo de sus competencias, establece los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permiten la organización y funcionamiento del Programa.

Que a su vez, la madre Comunitaria no recibe remuneración sino el aporte de beca, de acuerdo al artículo primero del decreto 2019 de 1.989 y el acuerdo 021 de 1.996 de la Junta Directiva del ICBF.

Con la entrada en vigencia del decreto 289 de 2014, las Madres Comunitarias son vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las asociaciones y/o fundaciones, y cuentan con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con las normas que regulan el Sistema de Protección Social y compilado en el artículo 2.2.1.6.5.2 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015.

Que una cosa es que se haya ordenado, de forma progresiva, asegurar el pago de un salario mínimo, y otra muy distinta, es que se haya reconocido vínculo laboral, ya que la sentencia T – 628 de 2012 hace énfasis en la inexistencia de un vínculo laboral.

Una vez cumplido el término para presentar alegatos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

## **VII. CONSIDERACIONES**

**Competencia.** La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

En virtud del mencionado principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CST y de conformidad con lo manifestado por la parte demandante en su recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar (i) si existió un contrato de trabajo entre la señora NANCY SUAREZ VELASCO y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, entre enero de 1994 a marzo de 2004; y de ser resuelto esto en forma favorable para la demandante, se deberá establecer (ii) si esta es acreedora de las obligaciones laborales reclamadas en la demanda.

Alega la demandante que se desempeñó como madre comunitaria en el programa FAMI, en el hogar comunitario NUEVA GRANADA, por lo cual, se hace necesario, en primer lugar, analizar la regulación del ordenamiento jurídico sobre la actividad de dichas madres comunitarias, cuya ejecución depende de la suscripción de un contrato por aportes en favor de estos hogares.

En punto a la naturaleza del contrato por aportes, del cual se alega que se estableció con el fin de encubrir la verdadera relación laboral, se debe decir que se trata de una modalidad de contratación especial y atípica, consagrada en el ordenamiento jurídico como parte del desarrollo del I.C.B.F. y su actividad de coordinación de actividades sociales de atención a la infancia y la adolescencia, el cual tiene su génesis en el numeral 9 del artículo 21 de la Ley 7 de 1979 y el decreto 2388 de 1979, habiéndose creado en un primer momento la entrega de «becas» personales a quienes constituyeran acciones mancomunadas de atención a población infantil en estratos sociales pobres, lo que devino posteriormente en 1989 (Ley 89 de 1988) en la creación de Hogares Comunitarios de Bienestar.

Sin embargo, no fue sino hasta el decreto 1340 de 1995 que se reglamentó el funcionamiento de estos Hogares Comunitarios, norma cuyo artículo 4º dispuso la forma de vinculación de las madres comunitarias definiéndola como un «trabajo solidario» a través de una «contribución voluntaria» partiendo de que es la familia y la sociedad quienes tienen la obligación de asistir y proteger a los niños, agregando que esta vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras, ni con las entidades públicas que en él participen.

A partir de este decreto, se desarrolló el *contrato de aporte* contenido en el Acuerdo 21 de 1996 del I.C.B.F., contrato a través del cual se canalizarían los conceptos de «beca», que hasta ese momento habían sido cancelados particularmente a través de asociaciones de padres de familia, siendo ese el aporte que entregaba el Bienestar al servicio comunitario de atención infantil, del cual dispondría la retribución económica a las madres comunitarias designadas por la asociación, incluyendo el aporte a seguridad social integral.

Posteriormente, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999, por medio del cual se reestructuró el ICBF, señaló que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF **«en ningún caso implicarán una relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas»**, pues dicha participación se trata de un trabajo solidario y una contribución voluntaria brindada por ésta.

Estas fueron las disposiciones que rigieron la actividad desarrollada por las madres comunitarias a través de los Hogares hasta el año 2012, en el cual, a través de la ley 1607 de dicha anualidad, se determinó que el Estado, entre los años 2013 y 2014 y de forma escalonada, diseñaría y adoptaría diversas modalidades que permitieran la vinculación de las madres comunitarias, a través de las cuales se les garantizara el acceso a un contrato laboral y a un salario mínimo mensual, lo cual fue posteriormente reglamentado mediante el decreto 289 de 2014, siendo éste el cual, en su artículo 2, el que estableció la naturaleza laboral de la vinculación de las madres comunitarias y por tanto, el derecho de las mismas a percibir la totalidad de garantías consagradas en la normativa del trabajo y la protección social, lo cual se materializaría mediante la suscripción de contratos de trabajo con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

Así mismo, con el fin de determinar la calidad de trabajadoras de las madres comunitarias y en medio de la formalización de su actividad, el artículo 3 del mencionado decreto 289 de 2014, excluyó a las mismas, de manera expresa, del concepto de servidoras públicas, disponiendo que prestarían sus servicios a las entidades administradoras del mencionado programa, las cuales serían sus únicos empleadores, **sin que se pudiera extender una solidaridad patronal con el ICBF.**

Frente a estas nuevas disposiciones que otorgaban una índole laboral al vínculo creado con las madres comunitarias, la Corte Constitucional en su sentencia SU-079 de 2018 se pronunció de la siguiente manera:

«La Ley 1607 de 2012, otorgó a las madres comunitarias y sustitutas una beca por un salario mínimo legal mensual vigente. Además, indicó que de manera progresiva durante los años 2013 y 2014, se diseñarían y adoptarían diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implicara otorgarles la calidad de funcionarias públicas. (...)En desarrollo de la anterior disposición, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 289 de 2014<sup>1</sup> reglamentando la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades operadoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar.

(...) si bien el programa de Hogares Comunitarios de Bienestar implementado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar viene funcionando desde hace más de treinta años, a cargo de madres voluntarias cuya finalidad era garantizar a los niños de bajos recursos económicos cuidado y bienestar, su vinculación a través de contrato laboral y, por tanto, regida por el Código Sustantivo del Trabajo, solo se estableció a partir del año 2014 con el Decreto 289 del 12 de febrero.

En conclusión, con anterioridad a la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, las madres comunitarias no tuvieron vínculo o relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cual supone que estos últimos no estaban obligados legalmente al pago de aportes parafiscales en favor de las primeras. Recuérdese que las tareas efectuadas por las madres comunitarias se realizaron dentro del marco de un trabajo solidario y una contribución voluntaria, de conformidad con la normatividad legal y la jurisprudencia constitucional.»

Reiterando lo anterior, la mencionada Corporación, en su sentencia SU-224 de 1998 agregó que «Debe recordarse que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo **con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador**, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral», considerando que frente a las pretensiones dirigidas contra el I.C.B.F., «al no poderse legalmente estructurar una relación de trabajo entre las accionantes y el ICBF, para la Corte no existía obligación alguna en cabeza de la entidad accionada de reconocerla y de pagar las prestaciones sociales inherentes a la misma».

Además, dado que los servidores públicos tan solo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a sus competencias, reiteró la Corte en la mencionada providencia que «el ICBF no está llamado a responder por los derechos fundamentales por ellas invocados, pues ha sido la ley y el reglamento, quienes han establecido las características del régimen

---

<sup>1</sup> «Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones».

jurídico de los hogares comunitarios y sustitutos de bienestar, no pudiendo la entidad actuar en contravía del ordenamiento que la rige»; concluyéndose que «no puede atribuírsele válidamente al ICBF haber ejecutado durante la existencia de los programas de hogares comunitarios y sustitutos actuaciones ilegales tendientes a desconocer relaciones de carácter laboral con las madres encargadas de los mismos, pues el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional reiterada, no admitieron tal hipótesis», preceptos que se encuentran reiterados en providencia SU-273 de 2019.

En sentido similar se pronunció la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, cuando en su providencia SL4430 del 10 de octubre de 2018 (Rad. 54.744 y M.P. JORGE BURGOS RUIZ) explica que «la actividad demandada al constituirse como una modalidad de servicio público asumida por el Estado debe prestarse conforme al régimen jurídico que fije la ley», independiente que se haga directamente o mediante contratos, de forma que «el objeto del contrato se trata de una actividad sui generis regulada por normas especiales de derecho público y «solo están sujetas a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo», art. 128 del D.2388 de 1979, «actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución», art. 127 ibídem, **lo que excluye la aplicación del artículo 34 del CST.»**

De conformidad con este recuento normativo y jurisprudencial, revisando las fechas en que se suscitó la relación reclamada no es posible declararse la existencia de un contrato de trabajo entre la señora NANCY SUAREZ VELASCO y el ICBF, tal como lo pretende la activa, y por tanto, no puede hablarse de obligaciones de carácter laboral a cargo de la entidad, como quiera que el ordenamiento jurídico ha previsto y desarrollado de manera expresa las actividades ejercidas por las madres comunitarias y los hogares de bienestar, advirtiéndose en toda su esquematización que se trata de un servicio desarrollado inicialmente bajo los preceptos de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad, y que fue formalizado de manera paulatina, dentro de las políticas de progresividad de los derechos sociales y económicos, situación que ha sido advertida por la Corte Constitucional y que constituye un imperativo jurídico.

Entonces, considera la Sala que surge improcedente lo solicitado en la demanda, por cuanto el vínculo al cual se pretende otorgar una naturaleza laboral se desarrolló en un periodo anterior (1994 a 2004) a la ya analizada formalización de la actividad de las madres comunitarias decantadas en la Ley 1607 de 2012 y Decreto 289 de 2014, normatividad que igualmente y de manera expresa excluye la solidaridad de las obligaciones causadas con el ICBF, razón por la cual, se deberá CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 03 de diciembre de 2018.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$877.803 m/cte.) a cargo de la señora NANCY SUAREZ VELASCO y en favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura y a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

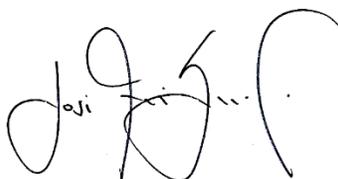
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **VIII. RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 03 de diciembre de 2018.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$877.803 m/cte.) a cargo de la señora NANCY SUAREZ VELASCO y en favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura y a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

### **NOTIFÍQUESE**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

**MAGISTRADO**



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ**

**MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 062, fijado hoy en la  
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.  
Cúcuta, 3 de agosto de 2020



---

SECRETARIO