REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

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

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 13 de abril de 2018, del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-001-2013-00350-00, promovido por **Luis Alexander Botello Gómez** contra Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP y Temporal S.A.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: Depreca el actor se declare que entre él y las demandadas Temporal S.A. y Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP, existió un contrato de trabajo a término fijo de un año entre el 3 de junio de 2011 y el 2 de junio de 2012, el cual se renovó sucesivamente hasta el 2 de junio de 2014 y que fue finalizado el 19 de marzo de 2013 de manera ilegal y/o sin justa en tanto se encontraba discapacitado y no fue solicitada autorización al Ministerio del Trabajo. Asimismo, que sufrió dos accidentes de trabajo por culpa imputable a las integrantes de la pasiva.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene al pago de la sanción de que trata el Art. 26 de la Ley 361 de 1997 y a los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema general de salud y pensiones junto con los respectivos intereses moratorios causados entre el 20 de marzo de 2013 y el 2 de junio de 2014. Igualmente al pago de la indemnización plena de perjuicios contemplada en el Art. 216 del C.S.T.

Adujo para ello: **1) Que** el 26 de mayo de 2010, suscribió con la empresa Temporal S.A., contrato de trabajo de obra o labor para desempeñar en misión el cargo de ayudante III en la empresa usuaria Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP, con una asignación de un salario mínimo legal mensual vigente; **2) Que** el 18 de septiembre de 2010 sufrió un accidente de trabajo al retirar un medidor de consumo, en tanto lo hizo de cuclillas y perdió el equilibrio, resultando afectadas su columna y rodillas, lo que generó que Coomeva EPS emitiera recomendaciones ocupacionales; mismas que notificó a su empleador y la empresa usuaria el 19 de mayo y 21 de febrero de 2011, respectivamente. **3) Que** el 6 de mayo de 2011 fue despedido por Temporal S.A. Sin embargo, mediante fallo de tutela emitido por Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescencia de Cúcuta, se dispuso su reintegro sin solución de continuidad, lo que comunicó su empleador a la empresa Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP, el 3 de junio de 2011, razón por la que se suscribió en esa data "*acta de cumplimiento de recomendación médico laboral*" en la que la empresa usuaria resolvió reubicarlo en el cargo de "*operador de tanque*" para el barrio Antonia Santos-Cúcuta.

Añadió **4) Que** el 10 de enero de 2012 sufrió un segundo accidente de trabajo al subir por una escalera que se encontraba pegada a uno de los tanques para reparar una manguera suelta, pues perdió la fuerza en una de sus piernas y

cayó desde una altura de dos metros, sufriendo fractura de tibia derecha y ruptura de tendón rotuliano derecho, debiendo someterse a 2 cirugías. Dice que se le otorgó por este evento una incapacidad que se extendió por 144 días; **5) Que** el 18 de marzo de 2013 fue despedido por la empresa Temporal S.A.; 6**) Que** los accidentes laborales que sufrió, ocurrieron por culpa exclusiva de las demandadas en tanto no lo instruyeron o capacitaron sobre los riesgos a los que podía verse expuesto en la ejecución de las labores encomendadas como ayudante III y operador de tanque, no le suministraron los elementos de protección personal, especialmente para realizar trabajos en alturas, ni le brindaron las condiciones de seguridad, higiene industrial y medicina del trabajo.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: La sociedad Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP, se opuso a las peticiones bajo el argumento de que no suscribió contrato de trabajo con demandante, en la medida que existe un contrato de prestación de servicios para el suministro de personal en misión con la empresa de servicios temporales demandada. Esta última que alude que fungió como empleadora.

Refirió que pese a haberse terminado la labor por la que fue enviado el actor en misión y no sufrir para esa fecha alteración alguna que impidiera su desempeño ocupacional por cuenta de un accidente laboral que sufrió el 18 de septiembre de 2010, tuvo que ser reintegrado por Temporal S.A., el 3 de junio de 2011 conforme se dispuso en fallo de tutela del Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescencia de Cúcuta; que en virtud de ello y las recomendaciones médico laborales expedidas por la EPS Coomeva, se dispuso su reubicación, no obstante, por negligencia del trabajador sufrió nuevamente un accidente de trabajo, ya que, pese a haber asistido a inducciones de salud ocupacional y talleres lúdicos de identificación de riesgos

a los cuáles estaría expuesto, sin autorización alguna y por su propia cuenta resolvió efectuar una reparación que no se encontraba dentro de sus funciones, lo cual le ocasionó una caída.

Finalmente señaló que la razón por la que Temporal S.A., finalizó el 18 de marzo de 2013 el contrato de trabajo, fue por haber incurrido el actor en faltas graves en el desempeño de sus funciones que se encuadraron en lo preceptuado en el artículo 62 del CST y no por cuenta de una posible discapacidad. Propuso como excepciones de mérito las que denominó "*inexistencia de la obligación, inexistencia de responsabilidad de Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP por la existencia de una causa extraña y responsabilidad principal del empleador Temporal S.A.*" (Fls. 365-390). Llamó en garantía a Seguros del Estado S.A., y a la compañía Previsora Seguros S.A.

Temporal S.A., se opuso a la totalidad de las súplicas y propuso como excepciones de mérito las que denominó "*buena fe por parte de la demandada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad de temporal S.A., por la existencia de una causa extraña, falta de soporte jurídico sustancial y la innominada*" (Fls. 461-506)

Arguyó que el actor se encontraba vinculado con ella, a través de contrato de trabajo de "duración por la obra o labor determinada" desde el 26 de mayo de 2010 hasta el 6 de mayo de 2011, día en que finalizó la actividad para la cual fue contratado, esto es, como ayudante III en misión para Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP. Reseña que como el demandante, presentó acción de tutela ante el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescencia de Cúcuta, quien ordenó su reintegro y el pago de la indemnización contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, fue efectivamente reintegrado el 3 de junio de 2011 mediante contrato de trabajo por obra o labor para ser enviado en

misión a la empresa usuaria Aguas Kpital S.A. ESP, siendo reubicado en el cargo de operador de tanque, cumpliendo funciones como revisar bitácora y las condiciones generales de seguridad y buen funcionamiento del tanque y el radio operador, verificar niveles, reportar las novedades y estar atento de la seguridad y funcionamiento del tanque según las indicaciones de su líder.

Manifestó que el 10 de enero de 2012, el actor sufrió un accidente de trabajo por cuenta de un acto inseguro y comportamiento negligente suyo en tanto no tenía dentro de las actividades asignadas conforme acta de cumplimiento de recomendaciones, desplazarse por terreno irregular, realizar reparación de mangueras y mucho menos efectuar tareas en alturas, dado que, la verificación de los niveles del tanque se realiza observando el medidor que se encuentra en la parte externa de la pared del mismo; máxime , más cuando se le indicó dice, que en caso de presentarse algún daño debía reportarlo al líder de su centro de negocios para que adelantara la gestión correspondiente de reparación.

Añadió que capacitó a Luis Alexander Botello, en tanto éste asistió a diferentes inducciones en salud ocupacional y al taller lúdico de identificación de peligros y riesgos que se realiza todos los años.

Llamamientos en garantía

Seguros del Estado S.A., se opuso a las pretensiones tanto de la demanda como del llamamiento en garantía. Explicó que la relación que sostuvo con las pasivas es eminentemente comercial soportada en el contrato de seguro celebrado bajo la póliza 96-45-101013145, misma que solo podría afectarse en tanto se declare que el asegurado, en este caso Aguas Kpital Cúcuta S.A.,

ESP, sea solidariamente responsable de las acreencias laborales a cargo del tomador, es decir Temporal S.A. (Fls. 552-562)

En igual sentido, La Previsora S.A., compañía de seguros, se opuso a las peticiones tanto del libelo genitor como del llamamiento en garantía, indicando que la póliza 3000489-0 protege al asegurado contra el incumplimiento de las obligaciones contractuales, pero en ningún caso frente a perjuicios de otro orden, independientemente de que se originen directa o indirectamente de ese incumplimiento. Sostiene que no le asiste obligación alguna por los hechos objeto de este proceso en tanto se persigue una indemnización plena de perjuicios, la cual no se encuentra cubierta por la citada póliza. (Fls. 608-623)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del 13 de abril de 2018 absolvió a las demandadas declarando probadas las excepciones esgrimidas. Señaló que encontró demostrado que entre Luis Alexander Botello Gómez Martínez y la sociedad TEMPORAL S.A., se suscribió el 26 de mayo de 2010, un contrato de trabajo por obra o labor determinada para desempeñarse como ayudante III en misión para Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP., y no un convenio laboral a término fijo de un año, que se prorrogó hasta el 2014, ya que, no puede desnaturalizarse la modalidad contractual que fue pactada entre las partes. Así, dijo que no resultaba dable ordenar el pago de los salarios ni prestaciones del 19 de marzo de 2013 al 2 de junio de 2014, máxime cuando no se prestó servicio alguno para las encartadas.

Consideró que la terminación del contrato de trabajo el 18 de marzo de 2013, no estuvo fundada en el estado de salud del actor, pues para tal data, no se encontraba incapacitado ni se había calificado su patología con un

porcentaje de pérdida de capacidad laboral por lo menos moderado. Reseña que si bien con posterioridad al despido y en el decurso del juicio se emitió la respectiva calificación que arrojó un porcentaje de pérdida del 25,4%, lo cierto es que ello, no era conocido por las demandadas al momento del finiquito contractual.

En cuanto a la culpa patronal, indicó que quedó plenamente acreditado que el empleador del demandante efectuó las investigaciones del accidente de trabajo acaecido el 10 de enero de 2012, de donde pudo extraer que Luis Alexander Botello incumplió las recomendaciones médico laborales en tanto pese a ser reubicado en un nuevo cargo, realizó actividades ajenas a las asignadas como las de mano de obra, sin autorización previa de su empleador, constituyendo un acto inseguro, de manera que no se lograron acreditar la omisiones de las demandadas puestas de presente en el líbelo genitor. Condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN. El actor pretende se revoque la decisión. Argumenta que el a-quo incurrió en desconocimiento de las normas que deben aplicarse en materia de culpa patronal, específicamente en lo atinente a la culpa in vigilando, en tanto aún demostrada su negligencia en la ejecución de su labor, ello, no exime de responsabilidad a su empleador, quien debió supervisar y vigilar sus labores. Refirió que, si bien fue reubicado para desempeñar otro cargo, el centro de trabajo al cual fue asignado era un lugar peligroso y con malas condiciones de terreno que ponían en riesgo su integridad en el desarrollo de sus funciones De esta manera dice que el accidente ocurrido en enero de 2012, fue por culpa de las demandadas en tanto no bastaba con indicarle los riesgos, sino que debieron efectuar un seguimiento.

Añadió que fue mal apreciada el acta de descargos en la que se le indagó acerca de una serie de conductas, pues de la misma no se puede extraer el acaecimiento de los hechos que dieron lugar a la terminación de su contrato de trabajo, ya que, allí negó todos y cada uno de los hechos que le fueron puestos de presente, incluso los que dieron origen supuestamente, a una denuncia penal incoada en su contra por una menor de edad.

Indicó además que a la fecha de finalización del vínculo contractual no se realizó calificación de pérdida de capacidad laboral por presión que en tal sentido efectuó su empleador Temporal S.A., ni tampoco se le realizó examen de retiro tal y como se exige a la finalización del contrato de trabajo

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: El actor manifiesta que se atiene a los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Temporal S.A., precisa que conforme las probanzas, quedó demostrado que el actor se vinculó con ella el 26 de mayo de 2010, mediante un contrato de trabajo en la modalidad de duración por la obra o labor contratada, para ser enviado a desarrollar labores misionales en la empresa usuaria Aguas Kpital S.A ESP., por un término no superior a 12 meses, pues, el 6 de mayo de 2011 se le comunicó la finalización del vínculo con fundamento en una causal objetiva. Dice que se prolongó el vínculo contractual hasta marzo de 2013, con ocasión de una medida constitucional expedida por un juez de la República, que dispuso su reintegro en el mismo cargo.

Refiere de otra parte, que no existió culpa patronal por omisión en los accidentes sufridos por el actor, en tanto como quedó acreditado, Temporal

S.A., su empleadora y Aguas Kpital S.A ESP., como la empresa usuaria, cumplieron con las recomendaciones médico laborales entregadas por Coomeva al asignarle un nuevo cargo y funciones, así como que ejecutaron sus respectivos programas de seguridad y salud en el trabajo.

Aguas Kpital Cúcuta S.A ESP, indica que es la empresa usuaria de la Temporal S.A., según el artículo 71 de la Ley 50/90, por lo que no tiene, ni ha tenido relación laboral alguna con Luis Alexander Botello Gómez. Alude que de acuerdo con el debido proceso adelantado por su empleador Temporal S.A., el actor desplegó conductas que se encuadran como graves, contempladas en el artículo 62 del CST, en el reglamento interno de trabajo y demás normas concordantes, las cuales dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo el 18 de marzo de 2013 con justa causa, y no por una posible discapacidad como lo quiere hacer ver el actor.

Sostiene que el accidente laboral de enero de 2012, fue por responsabilidad de la víctima, porque a pesar de que recibió de Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP, todas las capacitaciones, charlas inducción, reinducción, y las recomendaciones medico laborales, respecto del puesto de trabajo operador de tanque, fue su voluntad desconocer las actividades que debía realizar en su cargo.

3o. CONSIDERACIONES

A partir de la apelación Luis Alexander Botello Gómez, los asuntos a resolver consisten en determinar si el mismo al momento del finiquito contractual, se encontraba o no cobijado por la protección de estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y por ende si hay lugar o no a ordenar el pago de la indemnización de 180 días de salario contemplada en dicha norma por carecer de todo efecto jurídico su despido. Asimismo, si el accidente de trabajo que sufrió el 10 de enero de 2012 ocurrió por culpa imputable a las aquí demandadas y por ende hay lugar o no a la indemnización plena de perjuicios contemplada en el artículo 216 del CST.

En función de resolver los cuestionamientos aludidos, ha de señalare que se encuentra plenamente acreditado que entre Temporal S.A., como empresa de servicios temporales y Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP, en calidad de empresa usuaria, se suscribieron los contratos de prestación de servicios para el suministro de personal en misión Nos. 008 de 2010 y 008 de 2011, según puede verificarse en folios 168 a 227.

Del mismo modo que entre el actor y la empresa de servicios temporales se celebró un contrato de trabajo el 26 de mayo de 2010 por la duración de la obra o labor contratada, para prestar sus servicios como trabajador en misión en Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP, llevando a cabo labores como ayudante III, según dan cuenta las documentales obrantes a folios 12 y 13, y que si bien finalizó el 6 de mayo de 2011 (Fl. 292), tuvo que ser reactivado por cuenta de orden de reintegro emitida el 30 de mayo de 2011 por el Juez Primero Penal Municipal para Adolescencia con función de Control de Garantías de Cúcuta y que convalidó al interior de proceso ordinario 2011-0040 el Juzgado Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cúcuta, en sentencia del 19 de diciembre de 2011, en donde incluso se resolvió que su verdadero empleador lo era Temporal S.A., y, la extensión de su vinculación superior a 12 meses,

no fue por así requerirlo la empresa usuaria, sino por pender ello de una orden constitucional (Fls. 270-279)

En igual sentido, se encuentra acreditado que en el transcurso del contrato de obra Luis Alexander Botello Gómez sufrió 2 accidentes laborales, estos el 18 de septiembre de 2010 y 10 de enero de 2012 respectivamente, conforme dan cuenta informe de accidente de trabajo y actas de investigación de incidentes de la empresa usuaria visibles a folios 286 y 347 a 351 del plenario, siendo por el primero de ellos y dadas las recomendaciones médico laborales emitidas por Coomeva EPS (Fl. 289), objeto de reubicación laboral el 3 de junio de 2011, en el cargo de operador de tanque ubicado en Antonia Santos, en el centro de negocios de distribución y bombeo de Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP. (Fl 290). Está demostrado también, que el 18 de marzo de 2013 su empleador Temporal S.A., le comunicó la decisión de terminarle de manera unilateral y con justa causa imputable al trabajador, su contrato de trabajo de manera efectiva a partir del 19 de marzo siguiente. (Fl 322)

Comoquiera que el actor pretende se declare que la terminación de su contrato de trabajo el 18 de marzo de 2013 es ilegal, ya que, no se obtuvo la autorización previa de la respectiva autoridad del trabajo, al tener derecho a la estabilidad laboral reforzada por encontrarse discapacitado, ha de resolverse tal cuestión a la luz de lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, a través de la cual se establecieron mecanismos de integración social de las personas con limitación y cuyo artículo 26 dispuso que:

> *"(…) ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo."*

Sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1360 de 2018, ha señalado que tiene como objetivo promover la inclusión y participación de los trabajadores con discapacidad y a su turno evitar que los ámbitos laborales sean espacios de discriminación o exclusión.

En esa medida, es palmario que dicha norma protege al trabajador que presente una merma importante en su estado de salud, en la fase de la extinción del vínculo laboral con la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, es decir, aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Por manera que, las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva, son legítimas en orden a dar por concluida la relación laboral.

Respecto a los sujetos que gozan de una estabilidad laboral reforzada, la Corte Suprema de Justicia ha considerado de vieja data que la prohibición de despedir o dar por terminado el contrato, opera para las personas que presenten una minusvalía o limitación, superior al 15%, es decir, desde el grado moderado de severidad. Esto en virtud a lo establecido en el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, actualmente derogado por el Decreto 1352 de 2013. No tiene cabida esta seguridad para las quienes padezcan cualquier tipo de limitación; menos aún para quienes se hallen en una incapacidad temporal por afecciones de salud.

Así, en reciente sentencia SL635 de 2020, se señaló que si el trabajador demuestra que para el momento del despido, padecía una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15% de PCL y acredita que el empleador tenía conocimiento de las patologías, deficiencias, discapacidad y

minusvalías adquiridas durante el desarrollo del contrato de trabajo, habrá de presumirse a su favor que la terminación del vínculo laboral obedeció a un acto discriminatorio por su estado de salud; teniendo entonces el empleador la carga probatoria de derruir tal presunción, demostrando que se ello acaeció por virtud de una justa causa.

En ese sentido, a la luz del criterio anterior y de cara a los supuestos fácticos probados, es claro que no resulta dable declarar la ilegalidad del finiquito contractual de Luis Alexander Botello Gómez y en consecuencia ordenar el pago de la indemnización sanción de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, toda vez que, no se acreditó que a la finalización del contrato se encontraren calificadas sus patologías y que se hubiere otorgado un porcentaje de pérdida de capacidad laboral que lo pudiera ubicar en los grados de discapacidad señalados, esto es, "moderada" la cual conlleva que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; "severa", la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%.

Resulta importante destacar que, si bien es cierto en el transcurso del proceso, se emitió dictamen de origen y/o pérdida de la capacidad laboral y ocupacional del demandante por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, respecto del diagnóstico "*fractura de la diáfisis de la tibia y traumatismo de tendón y músculo no especificados a nivel de la pierna"* ,el cual arrojó una pérdida del 25,45% -Fls 786-789-, también lo es que su estructuración corresponde al 10 de enero de 2018, data posterior a aquella en que Temporal S.A., decidió finiquitar su contrato de trabajo, esto es, 19 de marzo de 2013. Véase también, que, si bien dentro del cartular militan sendas incapacidades, atenciones médicas por dolores lumbares, trastorno de discos y espondilopatía entre otros, y que incluso fueron emitidas

recomendaciones médico-laborales por parte de su EPS Coomeva S.A. (Fls. 11-80), no se acreditó que por alguno de tales padecimientos, contare el actor para el momento del despido con una limitación o discapacidad por lo menos moderada.

Cabe indicar que no se desconoce la tesis que sobre la acreditación de la estabilidad laboral reforzada tiene la Corte Constitucional, en el sentido que no es necesaria la acreditación de una pérdida de capacidad laboral o un porcentaje de calificación de P.C.L., sino la existencia de una afectación en la salud del trabajador que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares (sentencia SU-049 de 2017). Empero, se estima que el planteamiento del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, brinda mayor seguridad jurídica en la medida que ha centrado la procedencia de la protección reforzada al dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, constituyendo este un criterio objetivo para identificar la discapacidad, máxime que no puede perderse de vista que, no toda condición de discapacidad conlleva una situación de debilidad manifiesta y por ende el surgimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Al cobijo de estos parámetros, no resultan atendibles los argumentos esgrimidos por el recurrente actor, cuando sostiene que es sujeto de especial protección y que por ende, su despido debe dejarse sin efecto alguno.

De otra parte, sería el caso descender sobre el tema del despido sin justa causa puesto de presente por el actor en el recurso de apelación, de no ser porque del líbelo genitor se extrae que a éste se le dio tanto en los supuestos

fácticos como en sus peticiones, el mismo alcance del despido ilegal por razones de salud, tanto que la consecuencia de aquél conforme se verifica en la pretensión sexta condenatoria únicamente es el pago de *"una sanción de 180 días de salario por haberlo despedido ilegal e injustamente debido a su estado de discapacidad";* circunstancia ya analizada conforme precede, sin que pueda verificarse del examen integral del libelo seminal que se trata de la sanción prevista en el artículo 64 del C.S.T., para poder abordar su estudio, ello además en virtud al principio de congruencia previsto en el artículo 281 C.G.P., aplicable por remisión del art. 145 del CPTSS.

De la culpa patronal

En razón a que como se señaló en precedencia, no fue objeto de discusión la ocurrencia del accidente de trabajo del actor el 10 de enero de 2012, se procede a establecer si existe culpa patronal y por ende si hay o no lugar al reconocimiento y pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios reclamada en cabeza de Temporal S.A. y Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP. Esto necesariamente implica arribar al artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo que establece:

> *"Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo"*

Sobre dicha culpa, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado que si bien la responsabilidad para cubrir las prestaciones comunes que el sistema regula, es de naturaleza objetiva, pues basta al beneficiario

acreditar el vínculo laboral y la realización del riesgo, no ocurre lo mismo cuando lo que se demanda es el pago pleno de perjuicios no incluidos dentro de las prestaciones que el sistema prevé, pues, en ésta última eventualidad la responsabilidad tiene una naturaleza subjetiva, de modo que, además de la demostración del daño, se debe probar plenamente por quien alega el hecho, que el empleador incumplió con los deberes de protección y seguridad que según lo señalado por el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo le corresponden.

En relación con el primer presupuesto esto es la demostración del daño en la integridad del trabajador, acreditada se encuentra la ocurrencia del insuceso que produjo *"trauma en rodilla derecha, rotura traumática del ligamento rotuliano y osteosíntesis en tibia",* según se demuestra con el informe de accidente de trabajo, historia clínica y formato de investigación de incidentes y accidentes de trabajo que reposan a folios 95 a 100 y 349.

Accidente que se produce al subirse a una escalera de gato que se encontraba unida al tanque Antonia Santos, luego de verificar en la revista que se encontraba haciendo, que la manguera de niveles estaba suelta en la parte superior, perdiendo en el ascenso la fuerza en su pierna derecha, lo que le generó una caída de una altura aproximada de 1,70 mts, causándole daño considerable en una de sus extremidades inferiores. Requiriendo según el actor prolongada atención médica.

En ese orden, queda acreditado que el accidente que padeció el accionante, se reputa como de trabajo y bajo esa conclusión procede el examen de las súplicas de la demanda que se fundamentan en dicha premisa fáctica y legal.

Se reitera que para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del C. S. T., la ley exige además de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, la *'culpa suficientemente comprobada'* del empleador, contrario sensu a lo que ocurre con las prestaciones económicas y asistenciales previstas en los artículos 249 y siguientes de la Ley 100 de 1993, Ley 776 de 2002 y demás normas que las reglamentan, especialmente las establecidas en el Decreto 1295 de 1994, que se causan por el solo acaecimiento de cualquiera de las contingencias anotadas, sin que para ello se requiera de una determinada conducta del empleador.

Al ser de naturaleza subjetiva la responsabilidad que conlleva la indemnización ordinaria y total de perjuicios, su establecimiento amerita: 1) la demostración del daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo; 2) la prueba del incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad que, según lo señalado por el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo general le corresponden y 3) los que de manera particular le conciernen según art 57 numerales 1 y 2, esto es , poner a disposición del trabajador los instrumentos adecuados para realizar la labor y procurar a los trabajadores elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente su seguridad y la salud

Así pues, los deberes de protección y seguridad que tiene el empleador con su trabajador le imponen la carga de que en el desarrollo y ejecución de la relación de trabajo, se adopten las medidas necesarias y adecuadas, atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que aquél sufra menoscabo de su salud o integridad a causa de los riesgos del trabajo. Por tanto, si ello no ocurre así, es decir, incumple

culposamente estos deberes que surgen con ocasión al contrato de trabajo, deviene entonces, la responsabilidad del empleador de indemnizar ordinaria y totalmente al trabajador por los daños causados. Indemnización que comprende en la órbita patrimonial tanto el daño emergente como el llamado lucro cesante, y en la extra-patrimonial los perjuicios morales y fisiológicos o a la vida de relación

En punto a la exigencia de demostrar la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, para hacer viable la indemnización ordinaria y total de perjuicios que regula el citado art. 216 del C.S.T., la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de junio de 2006 radicación No. 22656, sostuvo que esta carga probatoria corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil hoy, 167 del CGP. Es decir, a éste compete *'probar el supuesto de hecho'* de la '*culpa'*. Causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual bilateral es llamada por la ley '*culpa leve'* que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear '*diligencia o cuidado ordinario o mediano'* en la administración de sus negocios.

De suerte que, la sola prueba del incumplimiento del empleador, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que le conciernen conforme a los artículos 56 y 57 numeral 2º frente a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el accidente de trabajo o de la enfermedad profesional. No obstante, éste puede liberarse de la culpa que lo hace responsable del daño y que se le enrostra, acreditando diligencia y cuidado en la realización del trabajo, prueba que conforme al art. 1604 del C.C. incumbe al que ha debido emplearlo.

Carga atribuida al actor que se encuentra satisfecha en el sub-analice, habida cuenta que, del relato fáctico de la demanda se infiere que el accidente se atribuye al incumplimiento del empleador a su obligación de protección y seguridad al no suministrarle elementos apropiados que garantizaran su seguridad en la ejecución de la labor como operador de tanque, en tanto señaló que además de haber sido reubicado en una zona destapada, irregular y resbaladiza, esto es el cerro de las Tres Cruces en el barrio Antonia Santos, no le se le suministraron arneses, cuerdas o líneas vivas para realizar trabajos en alturas. Así, imputa el actor el acaecimiento del accidente a que se encontraba desarrollando su labor en un lugar que ofrecía condiciones peligrosas para su salud, y, por el hecho de no haber sido capacitado ni instruido sobre los riesgos que podrían representar las labores por él desempeñadas.

Descrita la manera cómo sobrevino el infortunio, en síntesis, la culpa que imputa el deprecante a las demandadas proviene de .1.- no disponer de elementos apropiados y con estándares de seguridad para trabajos en alturas, 2) haber sido ubicado laboralmente en una zona con fácil accidentalidad por las condiciones del terreno y 3) no capacitársele sobre los riesgos atinentes a la labor desplegada.

Frente a estas circunstancias, se reconoce en la documental de Fls. 349 y 350, denominada investigación de accidentes de trabajo realizada por la empresa usuaria Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP, acápite de evidencias, que acomodar la punta de la manguera en la parte superior del tanque se constituye en un acto inseguro. Sin embargo, el acaecimiento del accidente no puede derivarse la culpa patronal que se persigue en el entendido que conforme allí se describió, el actor sin autorización alguna de su líder o supervisor, decidió

por su cuenta, ascender por la escalera que se encontraba junto al tanque, pese a que se encontraba restringido para ejecutar esa acción. Esto último que encuentra respaldo con acta de cumplimiento de recomendaciones médico laborales que suscribió y en las que se dispuso su reubicación para desempeñar el cargo de "*Operador de Tanque en el centro de negocios Distribución y Bombeo"*.

Allí se dispuso que debía evitar el desplazamiento por terrenos irregulares, "*evitando trepar*", de modo que, sus funciones se circunscribían a la revisión de bitácora, buen funcionamiento de tanque y radio operador, verificación de niveles, registro de las novedades del día, entre otras que no incluyen la reparación del tanque y mucho menos en alturas.

En ese orden, ni la empleadora como tampoco la empresa usuaria se encontraban obligadas a suministrarle elementos de protección para trabajo en alturas como se señala en el líbelo introductor, si se atienden las funciones que le fueron asignadas para desempeñar el cargo de "o*perador de tanque";* máxime cuando al interior de ellas (funciones) se encuentra incluso la de reportar las novedades que se presentaren en su centro de trabajo, lo cual no hizo, pues, así no lo acreditó en el plenario, al observar que una manguera del tanque que debía revisar, se encontraba suelta.

Luego, al advertir una novedad en el funcionamiento del tanque y ante las restricciones laborales que le fueron comunicadas, así como las actividades que en virtud del cargo como operador de tanque debía ejecutar, debió el demandante abstenerse de realizar reparaciones en alturas, y, por el contrario, reportarlo ante su líder, ya que, era evidente que tal actividad además de no representarse como segura para el mismo por implicar un

ascenso que le era restringido, no contaba con los elementos de seguridad requeridos, dado que ello no era parte de sus funciones.

En esa medida, lo que se verifica es una conducta imprudente de Luis Alexander Botello, habida cuenta que, evidenciando no solo las limitaciones ocupacionales que tenía para trepar o realizar trabajos en alturas y que no era una responsabilidad que pendiera de las funciones asignadas, emprende la tarea sin comunicarlo a su líder, como se admite en la demanda. Abundante es la prueba documental que evidencia que tanto la empresa Temporal S.A., como Aguas Kpital S.A., le capacitaron y brindaron inducción para la evaluación e identificación de peligros y riesgos, prevención de caídas y resbalones e incluso de los requerimientos para desarrollar trabajos en alturas (Fls. 293-338).

De modo que, la ejecución de una actividad peligrosa sin autorización alguna de su empleadora, desde luego, contravino una de sus obligaciones especiales como trabajador, cual era observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y ordenes preventivas de accidentes establecidas en el art 58- 8 del CST. Esto máxime cuando no estaba facultado realizarla y ante la inexistencia de elementos apropiados que garantizaran la realización de una operación segura en la reparación de una manguera en alturas, que en todo caso no era su función en el cargo de operador de tanque, ni tampoco le fue requerido ejecutar por orden de algún superior.

En ese orden de ideas, evaluado en su integridad el material probatorio obrante en el plenario, no queda duda entonces que las encartadas, capacitaron y proporcionaron inducción al trabajador sobre el programa de salud ocupacional y el reglamento de seguridad industrial, previniéndolo sobre los riesgos del trabajo y las medidas preventivas que debía aplicar en

la ejecución de sus funciones. Demuestra esto, que la pasiva actuó con diligencia y cuidado en ejecución de la relación de trabajo y entonces ninguna culpa en el insuceso es dable atribuirle. En otros términos, la entidad dadora de laborío, cumplió con sus obligaciones de protección y cuidado para con su trabajador a la luz de lo previsto en los artículos 56 57 del CST.

Es más, los argumentos esbozados por las demandadas para liberarse de la responsabilidad que les atribuye el actor, se encuentran plenamente acreditados, en tanto el incidente se generó por culpa exclusiva de aquél ante el desacato a las recomendaciones médico laborales que le fueron puestas de presente en el acta en la que se dispuso su reubicación laboral, excediendo las funciones allí asignadas, así como al desconocer las medidas preventivas que sobre incidentes en el lugar de trabajo debió asumir y que le fueron expuestas mediante los diferentes talleres y capacitaciones en la materia por las encartadas, sin que ninguna importancia revista las condiciones de terreno en el centro de trabajo al que fue asignado, pues véase que el accidente no acaeció por cuenta de las presuntas condiciones irregulares de aquél, sino por subir una escalera de un tanque para reparar una manguera.

En ese sentido, se reitera, el accidente de trabajo obedeció a un acto de imprudencia del peticionante al ejecutar actividades que no se eran de su competencia, desatendiendo las recomendaciones médico laborales expuestas en acta de reubicación laboral; luego esa desatención no puede endilgársele a las encartadas; de modo que no alcanzó a probar el supuesto de hecho del art. 216 del C.S.T., esto es la culpa comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente. Se ocupó sí en demostrar el estado de salud, sus diagnósticos e incapacidades, procedimientos y demás, aspectos de los cuales debe atender el sistema de riesgos profesionales, por cuanto fue transferida esta obligación a la respectiva administradora, mas, no de aportar

elementos de juicio convincentes sobre la negligencia o violación de las normas de salud ocupacional por parte de las demandadas, quienes si acreditaron que cumplieron con la obligación de protección y seguridad para con su trabajador, para prevenir la ocurrencia de siniestros laborales contenida en el art. 57 num 2 del C.S.T., en tanto se le brindó al demandante toda la instrucción y capacitación para desempeñar su labor como operador de tanque, limitando expresamente las funciones que debía realizar y cuáles se encontraban vedadas dado su estado de salud, previniéndole además sobre los factores de riesgo

Es así que, el dicho del recurrente de que las accionadas deben responder por el daño causado con la ocurrencia del accidente de trabajo con fundamento en la «culpa in vigilando o in eligendo», ésta que se desprende del artículo 2349 del Código Civil, no encontró demostración, si se atiende que, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, como por ejemplo en sentencia SL5619 de 2016, si bien es cierto, la responsabilidad laboral derivada de institutos jurídicos como la culpa in vigilando o in eligendo le resulta atribuible al empleador, pues dicho precepto establece que los empleadores responden del daño causado por sus trabajadores, razón ésta por la que la indemnización total ordinaria de perjuicios por responsabilidad contractual, se genera no solo cuando el empleador ha sido autor directo del insuceso, sino también cuando el accidente se produce por el hecho de uno de sus colaboradores; también lo es que, la mentada disposición contiene una excepción particular a la citada regla, o sea, la de que no habrá lugar a la responsabilidad predicada si apareciere probado que el comportamiento dañino de éstos no fue el propio de su condición o calidad de trabajadores, representantes, dependientes o servidores en general, y que dicho comportamiento no pudo ser previsto o

impedido por el empleador no obstante emplear el cuidado ordinario para tal efecto.

Excepción que aparece probada en este juicio si se atiende que tal y como ya se refirió, el accidente laboral acaeció por realizar éste actividades que no fueron ordenadas por su empleador y respecto de las que tenía prohibición expresa adelantar, incurriendo en una conducta imprudente y que no le era dable precaver a su empleador lo que obliga a confirmar la decisión del a-quo.

En síntesis, al haberse determinado que a la fecha del finiquito contractual el actor no se encontraba cobijado por la protección de estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como que, a pesar de haber sufrido accidente de trabajo el 10 de enero de 2012, no resulta dable imputar a las encartadas responsabilidad a título de culpa, susceptible de tasar como responsabilidad patronal, se confirmará en su integridad lo decidido en primera instancia, lo que deviene en la prosperidad de las excepciones de "*inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad de temporal S.A., y Aguas Kpital Cúcuta S.A. ESP por la existencia de una causa extraña y falta de soporte jurídico sustancial*"

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del CGP, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas al demandante al no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada $100.000.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

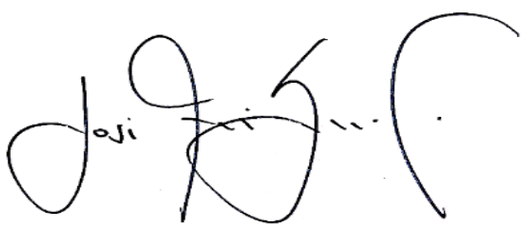
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de abril de 2018 del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: COSTAS a cargo del demandante Luis Alexander Botello Gómez al no salir avante su apelación. Inclúyanse como agencias en derecho $100.000. Liquídense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

_____

Secretario

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

Treinta y uno (31) de Agosto de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2016-00272-00
RADICADO INTERNO:	18.523
DEMANDANTE:	LUIS MIGUEL AFANADOR GONZÁLEZ
DEMANDADO:	ECOPETROL S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS MIGUEL AFANADOR GONZÁLEZ contra ECOPETROL S.A., radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2016-00272-00, y radicación interna Nº 18.523 de este Tribunal Superior, a conocer del recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por ECOPETROL S.A. y absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra

1.2. Fundamento de la Decisión.

El A Quo, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Que el objeto del litigio se enmarca en determinar si ECOPETROL S.A. ha incumplido la obligación contenida en ACTA NO. 2002 de 2008 proferida el 19 de febrero de 2008 por el Tribunal de Arbitramento Voluntario, integrada por el Comité de Reclamos de Cúcuta, existiendo un enriquecimiento sin causa en detrimento del patrimonio de LUIS MIGUEL AFANADOR GONZÁLEZ y por ende se debe condenar al pago de la incidencia salarial de la prima de servicios reconocida, equivalente a $56.371.586; a lo

que se opone la demandada afirmando que ya dio cumplimiento a la obligación de hacer que le fue impuesta.

- Que, efectivamente obra prueba del laudo arbitral donde se impone a la demandada el reconocimiento y pago de la incidencia salarial de los viáticos, viáticos sindicales y primas de servicio recibidas por el trabajador desde junio de 1998; así como que desde junio de 2015 la empresa ECOPETROL ha contestado que en junio de 2012 consignó el pago correspondiente por suma de $13.112.074.

- Que del contenido de los folios 33 a 36 y 127 a 130 se evidencia la prueba del cumplimiento de lo ordenado en el laudo arbitral, y si bien el actor entre folios 37 a 40 realiza una liquidación, no prueba al expediente que verdaderamente correspondan a los valores que debían tomarse en cuenta para su realización y era su obligación demostrar que factores dejó de tener en cuenta el empleador para dar cumplimiento al fallo.

- Que la demandada sí cumplió con su deber procesal de acreditar las liquidaciones, fundadas y pagos realizados para acatar la orden conferida en laudo arbitral; así mismo, no se evidencia en que conceptos dejó de dar cumplimiento la demandada y no demuestra que errores pudo haber cometido en su actuación, por lo que se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación y se absuelve a la demanda.

2. DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte demandante presenta recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando lo siguiente:

- Que sobre la no demostración por el actor de los rubros utilizados por el actor para la liquidación del rubro de la cuantía de las pretensiones y la demostración del pago alegado por ECOPETROL S.A., lo que aparece de manifiesto en la respuesta de la demandada a las pretensiones elevadas no hace referencia ni relación a los pagos ordenadas en el Laudo Arbitral porque en esos documentos se limitó a señalar y a aportar los pagos realizados por un concepto de reliquidación pero desde el año 2009 en adelante, ignorando que en el numeral 1º del acta 2002 de 2008 que da origen a la presente reclamación claramente se dijo reconocer y pagar la incidencia salarial desde junio de 1998 y en su numeral 2º se ordena el pago en lo sucesivo.

- Que la empresa suele referirse a la inexistencia de viáticos y este aspecto nunca hizo parte de las reclamaciones elevadas por el actor en esta demanda, pues lo reclamado todo el tiempo fue el pago de la incidencia salarial de la prima de servicios ordenada en el Acta desde junio de 1998 y con ello se dispuso la orden de cancelar sucesivamente este factor salarial.

- Que de las motivaciones que dan sustento a la decisión, se habla de prescripción del derecho conforme al Código Sustantivo del Trabajo que en criterio del apelante es inaplicable a este caso pues partiendo de que un laudo arbitral tiene la misma entidad o valor jurídico de una sentencia judicial, al tenor de lo dispuesto en el art. 116 de la Constitución Política, se tiene que a partir de la fecha en que fue confirmada la decisión (4 de abril de 2008) es cuando tendría que empezar a contarse la prescripción y su fundamento es la del artículo 2536 del código civil, no como sostiene la demandada que rechaza aplicar esta norma, pues ello ignoraría la interpretación sistemática que ameritan las normas que regulan la prescripción.

3. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado de la empresa demandante manifestó que ECOPETROL S.A. dio cumplimiento total a sus obligaciones de hacer dispuestas en el Laudo proferido el 19 de febrero de 2008 por el TRIBUNAL DE ARBITRAMIETNO VOLUNTARIO, integrado por el Comité de Reclamos de Cúcuta en Acta No. 2002 de 2008 y Sentencia de Homologación emitida por el Tribunal Superior del Distrito judicial de Cúcuta, Sala de Decisión Laboral fecha 8 de abril de 2008, procediendo a liquidar y cancelar las incidencias salariales ordenadas y causadas a favor del demandante, con los ajustes salariales prestacionales pertinentes, incluidas mesadas pensionales, sumas que fueron efectivamente consignadas a la cuenta del mismo; sin que se evidenciara que el actor causara viáticos en el período del 1 de junio de 1998 hasta el 30 de abril de 2007. Así mismo, que la parte actora debió ejercer una acción ejecutiva por obligación de hacer de considerar que existían condenas pendientes, pero se abstuvo porque la misma estaba prescrita. Concluye que no hay lugar a declarar el enriquecimiento sin causa porque es una pretensión ajena a la legislación laboral.

- **PARTE DEMANDADA:**

No presentó alegatos.

4. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

5. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente:

¿Se encuentra debidamente acreditada la existencia de un enriquecimiento sin causa por parte de ECOPETROL en detrimento del patrimonio de LUIS MIGUEL AFANADOR GONZÁLEZ por el incumplimiento del Laudo proferido mediante acta 2002 del 19 de febrero de 2008 por el Tribunal de Arbitramento Voluntario integrado por el Comité de Reclamos de Cúcuta?

6. CONSIDERACIONES:

En este caso, resulta fundamental indicar que el señor LUIS MIGUEL AFANADOR GONZÁLEZ reclama en sus pretensiones el reconocimiento de que, al incumplir ECOPETROL S.A. la obligación contenida en el acta No. 2002 de 2008 proferida el 19 de febrero de ese año por el Tribunal de Arbitramento Voluntario integrado por el Comité de Reclamos de Cúcuta, incurrió en enriquecimiento sin justa causa en detrimento de su patrimonio

por no hacer efectivo el pago de $56.371.586 correspondientes a la incidencia salarial de la prima de servicios.

Al respecto, concluyó el A Quo que la parte demandante no fundamentó el valor que conforman sus pretensiones más allá de sus propias liquidaciones y afirmaciones, mientras ECOPETROL S.A. sí aportó prueba de las actuaciones adelantadas para cumplir con el pago de la reliquidación ordenada en el laudo arbitral; conclusión que rechaza el apoderado de la parte demandante, quien estima que el Juez erró al no evidenciar que el pago alegado fue por prestaciones posteriores al laudo y que este ordenó una reliquidación desde junio de 1998 de manera sucesiva, lo cual no fue cumplido y cuya prescriptibilidad debe contabilizarse en los términos del artículo 2536 del código civil.

No es objeto de discusión entre las partes, que mediante Acta No. 2002 de 2008 el Comité de Reclamos de Cúcuta ECOPETROL-USO profirió Laudo arbitral en caso presentado por LUIS MIGUEL AFANADOR donde se ordenó: "*Reconocer y pagar la incidencia salarial de los viáticos, viáticos sindicales y primas de servicios que recibió el trabajador LUIS AFANADOR a partir de junio de 1998*" (Fol. 13), decisión que fue confirmada en recurso de anulación por la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal el 8 de abril de 2008 (Fol. 14).

Así mismo, la parte demandante no controvierte la inexistencia de viáticos causados que sirvan para alguna reliquidación y acepta que ECOPETROL S.A. canceló en junio de 2012, como consecuencia de este fallo la suma de $13.112.085, correspondiente a $5.345.554 por reliquidación de cesantías, $584.447 por reliquidación de intereses a cesantías y $7.182.084 por retroactivo tras reliquidación de mesada pensional, como afirma en respuesta vista a folio 27 y conforme liquidaciones vistas entre folios 33 a 36.

La controversia se centra en establecer si, ECOPETROL S.A. incumplió las obligaciones impuestas en el Laudo frente a la reliquidación ordenada para el período de junio de 1998 hasta la emisión de dicha decisión; pues afirma el apoderado apelante, que el valor cancelado fue incompleto al solo ejecutarse la reliquidación de prestaciones causadas con posterioridad al Laudo, estimando que por ello hay un enriquecimiento sin causa en detrimento del patrimonio del trabajador.

Frente a la naturaleza de la acción de enriquecimiento sin causa, la Sala de Casación Civil en la sentencia de 19 de diciembre de 2012, exp. 1999-00280, reiterada en proveído del 4 de abril de 2013, exp. 2008-00348, explica que se trata de una pretensión derivada de la institución romana *Actio in Rem Verso* – Acción de reembolso o de reversa – por la cual se buscaba la devolución de un patrimonio entregado sin causa legal y que debe resarcirse para restaurar al afectado; contenido así en los artículos 1747 del Código Civil en el ámbito de las restituciones mutuas y el artículo 2313 de la misma norma, en lo referente al pago de lo no debido. De lo que se deriva que, en su concepción inicial, esta acción solo se ejercía para la devolución de valores efectivamente entregados.

Sin embargo, posteriormente el Código de Comercio en su artículo 831, consagró la figura del Enriquecimiento Sin Causa de la siguiente manera:

> "*Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*", siendo su objeto establecer una institución que

> garantizara la corrección de un desequilibrio en cualquier tipo de situación que lo amerite, de manera que para su prosperidad basta con que se haya producido un "*enriquecimiento, ventaja, beneficio o provecho acaecido por el aumento del patrimonio –lucrum emergens- o la ausencia de su disminución –damnum cessans-; un empobrecimiento correlativo; que la ganancia –o ausencia de mengua- carezca de una causa justa, y que el afectado no cuente con otros mecanismos para la satisfacción de su pretensión".*

Esta teoría ha sido aplicada y reproducida en el ámbito laboral, donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha analizado en diferentes oportunidades pretensiones que reclaman el enriquecimiento sin causa tanto en la relación empleador-trabajador como entre las entidades y afiliados del sistema de seguridad social integral. Concretamente, en la providencia SL2130 del 12 de junio de 2019, se asume la siguiente postura:

> "*la Corte observa que ha sido criterio pacífico de la jurisprudencia que, para que se presente un enriquecimiento sin causa, se exige que:*
>
> *(i) un individuo obtenga una ventaja patrimonial;*
> *(ii) que como consecuencia de dicha ganancia exista un empobrecimiento de otro sujeto -es decir, que se observe un nexo de causalidad, que uno se deba o se origine en el otro-;*
> *(iii) que el desplazamiento patrimonial se verifique sin causa jurídica que lo justifique, o lo que es igual, que la relación patrimonial no encuentre fundamento en la ley o en la autonomía privada;*
> *(iv)* ***que el afectado no cuente con una acción diversa para remediar el desequilibrio*** *y*
> *(v) que, con el ejercicio de la acción no se pretenda soslayar una disposición legal imperativa".*

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: "*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho".* A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: *"El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo".* Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que: *"El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes...".*

En esta línea, la teoría general de la carga de la prueba establece que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al establecer *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*; de manera que, aplicando estos parámetros sustanciales y procesales, la Sala entrará a analizar si como afirma el apelante se encuentran cumplidos los

presupuestos legales para la procedencia del enriquecimiento sin causa, en su respectivo orden.

La parte actora alega que ECOPETROL S.A. obtuvo una ventaja patrimonial respecto de las obligaciones que le fueron reconocidas a LUIS MIGUEL AFANADOR GONZÁLEZ en providencia judicial y que no cumplió en su integridad, alegando específicamente que no se aplicó la incidencia salarial para el pago de las prestaciones sociales causadas desde junio de 1998 hasta la fecha del fallo.

Al respecto, desde la demanda el actor estima esta ventaja patrimonial en $56.371.586 y anexa una liquidación entre folios 37 a 40 donde señala que dicha suma corresponde a una diferencia en su favor de $20.236.784 por reliquidación de la prima de servicios y $36.134.802 por intereses legales causados desde el 10 de diciembre de 2009; sin embargo, asiste razón al A Quo cuando advierte que no existe respaldo alguno que permita establecer la fuente de dichos cálculos o que establezcan su causación.

Partiendo de la orden emitida por el Laudo Arbitral, la obligación que tenía ECOPETROL S.A. consistía en reliquidar las prestaciones sociales percibidas por el trabajador LUIS AFANADOR incluyendo la incidencia salarial de viáticos, viáticos sindicales, y, primas de servicio; por lo que, no se trataba como aparentemente liquidó el actor, de reliquidar la prima de servicios sino de aplicar su valor como incidencia salarial para las demás prestaciones y por ende, era deber del interesado establecer que conceptos fueron liquidados entre 1998 y 2008 sin esta incidencia, demostrar su valor y si la diferencia le favorecía.

Por ejemplo, en los pagos realizados por ECOPETROL S.A. y aceptados por la parte actora, se evidencia al reverso del folio 33 la reliquidación de las cesantías e intereses a cesantías, cuyo pago se hacía por el sistema de retroactividad, incluyendo entre los factores salariales la PRIMA DE SERVICIOS para la totalidad del período en que prestó servicios: Del 15 de agosto de 1989 al 29 de noviembre de 2009, es decir incluyendo el período que se afirma omitido en el recurso y cancelando la diferencia frente al valor pagado a su retiro sin esta incidencia. Por otra parte, a folios 35-36 se reliquidó su mesada pensional incluyendo la incidencia salarial de la PRIMA DE SERVICIOS, por lo que se le canceló el retroactivo correspondiente causado desde su retiro.

Es así como, si la parte actora consideraba que existían otras prestaciones percibidas que fueron canceladas sin incluir la incidencia salarial entre junio de 1998 que ordenó el laudo y noviembre de 2009 que se retiró, tenía la carga de identificarlas, teniendo en cuenta el régimen convencional que cobija a los trabajadores de ECOPETROL para establecer su fuente de derecho, posteriormente demostrar el valor cancelado y el valor de la prima de servicios para liquidar su incidencia, en aras de establecer si existieron diferencias que constituyeran una ventaja patrimonial para la demandada y su consecuente empobrecimiento. Aspectos que, por ser el fundamento de la pretensión deben aparecer claramente identificados y demostrados en el proceso por parte del interesado, pues el Juez no está llamado a suponerlas o presumirlas.

Significa lo anterior, que, en casos como el presente, el promotor de la litis no cumplió con la debida carga probatoria, puesto que dentro del expediente no

se desprende probanzas concretas sobre el cumplimiento de los dos primeros presupuestos del enriquecimiento sin causa; y al ser a éste a quien le corresponde la carga de la prueba, tal y como prevé el artículo 167 del C.G.P., no está llamada a prosperar su pretensión.

Sin perjuicio de lo expuesto, llama la atención la Sala que, si en gracia de discusión se estableciera la existencia de pagos dejados de realizar por la orden emitida en el laudo arbitral a favor del demandante, la acción de enriquecimiento sin causa no está llamada a prosperar al existir una vía judicial diversa; que para la ejecución de un fallo judicial que contiene obligaciones de hacer resulta ser la acción ejecutiva conforme al artículo 100 del C.P.T.Y.S.S.

Al respecto, la Sala de Casación Civil en providencia del 4 de abril de 2013, Rad. 2008-00348, explica que: "*para la procedencia de la "actio in rem verso" constituye requisito sine qua non el concerniente a que la demandante no tenga válidamente a disposición cualquier otro mecanismo legal distinto al promovido para obtener la prestación o satisfacción del derecho pretendido*"; por lo que, se incumple también el cuarto presupuesto para la prosperidad de las pretensiones.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró probada la inexistencia de la obligación y absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas, sin que haya lugar a hacer consideraciones sobre la prescripción pues "*solo puede prescribir lo que en un tiempo tuvo vida jurídica*" y para ello la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1245 de 2009, reitera el criterio expuesto desde sentencia en rad. 28.701 del 1 de agosto de 2006 donde señaló que: "*bastan las reglas de la lógica que nos indican que para poder entrar a estudiar y decidir la excepción de prescripción, se hace necesario haber determinado previamente la existencia del derecho*".

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, fijando como agencias en derecho a favor de la demandada el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

7. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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 y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de fecha 15 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor de ECOPETROL S.A.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES

MAGISTRADA PONENTE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

MAGISTRADO

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071 , fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 1º de septiembre 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: 54-001-31-05-001-2016-00374-00
Partida Tribunal: 18393
Demandante: NESTOR REMOLINA CONTRERAS
Demandada (o): GASES DEL ORIENTE S.A. y JCG INGENIERÍA S.A.S.
Tema: CONTRATO DE TRABAJO
Ref.: APELACIÒN DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto 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 09 de noviembre de 2018, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2016-00374-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 18393 promovido por el señor NESTOR REMOLINA CONTRERAS contra GASES DEL ORIENTE, S.A. y JCG INGENIERÍA, 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. A N T E C E D E N T E S

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare que entre él y JCG INGENIERÍA S.A.S. existió un contrato de trabajo, sin que esta le cancelara

las acreencias laborales que se causaron, y en consecuencia se condene a la pasiva al pago de las mismas, de la sanción consignada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de la indemnización dispuesta en el artículo 65 del CST; igualmente solicitó se establezca la solidaridad con GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. en el pago de las sumas a que sea condenada la empresa JCG INGENIERÍA S.A.S.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos expuestos a folios 14 y 15 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que celebró un contrato de obra o labor determinada con JCG INGENIERÍA S.A.S. desde el 14 de febrero de 2013 ejerciendo el cargo de excavador, con un salario mínimo legal mensual vigente.
2. Que el contrato se celebró por el término de duración de la ampliación de la red de distribución de gas en el área metropolitana de Cúcuta.
3. Que entre JCG INGENIERÍA S.A.S. y GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. se suscribió el contrato GT-CR-102-06-12-2013 para desarrollar la ampliación de red de distribución de gas en el área metropolitana de Cúcuta, la cual ejercía aquella en calidad de contratista.
4. Que mediante oficio del 29 de agosto de 2014, la pasiva le comunicó la decisión de terminar su contrato de trabajo el 30 de agosto de 2014, sin que le hubiera cancelado las prestaciones sociales correspondientes al año 2013 y sin que hubiera disfrutado vacaciones.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada **GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P,** esta aceptó como ciertos los hechos 4 y 5; el resto, que no le consta o no son ciertos; se opuso a las pretensiones 12 y 13, relacionadas con la solicitud de condena en solidaridad en el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones cuyo pago se le ordene al empleador JCG INGENIERÍA, S.A.S., fundamentando dicha oposición en el hecho que las actividades realizadas por esta última, las desarrolló de forma independiente, con plena autonomía directiva, administrativa, técnica, laboral, sin que en ningún caso

existiera solidaridad alguna sobre el personal que dicha empresa utilizara en ejecución de dicho contrato, tal como se pactó en la cláusula séptima del contrato suscrito entre JCG INGENIERÍA S.A.S y GASES DEL ORIENTE, S.A. E.S.P.

Como excepciones de fondo propuso falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas y prescripción.

La empresa **JCG INGENIERÍA S.A.S.** no se notificó de la admisión de la demanda, y al desconocerse su dirección de notificación, en aplicación del artículo 29 del CPTYSS, fue emplazada y se nombró, para su representación, un curador ad Litem, el cual dio contestación manifestando que no le constan los hechos y se atuvo a lo que se probara dentro del proceso.

Como excepción de mérito propuso la prescripción.

La **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, como llamada en garantía por GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P., indicó que no le constan los hechos y se opuso a la totalidad de las pretensiones, manifestando que no le asiste obligación a esta última, frente al demandante por cuanto no tuvo la condición de empleadora.

Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia del derecho reclamado, carencia de responsabilidad e inexistencia de la obligación de indemnizar, falta de legitimación por pasiva, limitación de responsabilidad, buena fe, coadyuvancia de las excepciones presentadas por los demandados 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 09 de noviembre de 2018, resolvió declarar la existencia de una relación laboral entre el demandante y la empresa JCG INGENIERÍA S.A.S., desde el 04 de febrero de 2014 y el 30 de agosto de 2014, condenando a ésta al pago del salario del mes de agosto de 2014, las prestaciones sociales causada no canceladas, así como a la indemnización contenida en el artículo 65 del CST; declaró probada la

excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por GASES DEL ORIENTE, por lo que la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que de las pruebas obrantes en el expediente es clara la existencia de una relación laboral entre las partes, así como su fecha de finalización; sin embargo, para el extremo inicial debió valorar las pruebas, determinando que la misma se sitúa en el 04 de febrero de 2014.

Con respecto a la solidaridad alegada concluyó que no se logró acreditar que Gases del Oriente, por intermedio de sus funcionarios, impartiese órdenes directamente al Señor remolina y de igual manera, la actividad desarrollada por los trabajadores de JCG INGENIERÍA SAS, entre ellos el aquí demandante, si bien contribuía al desarrollo del objeto social de GASES DEL ORIENTE no son propias del mismo, es decir la ampliación de dicha red para la distribución de gas natural no hace parte específica del objeto social de la demandada en solidaridad GASES DEL ORIENTE conforme al contenido de la cámara de comercio obrante a folio 2 a 7, por lo que la absolvió de la pretensión incoada en su contra.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE.

La parte demandante estuvo en desacuerdo con los extremos temporales declarados por el A quo, así como con la absolución que hiciere el Juez A quo a la demandada GASES DEL ORIENTE, respecto de la responsabilidad solidaria en el pago de las obligaciones laborales pretendida, por lo que interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, específicamente los numerales primero, cuarto y séptimo de la misma.

Con respecto al extremo inicial de la relación laboral, manifestó que el mismo se estableció erróneamente por parte del A quo, ya que durante el proceso su pudo probar que el contrato existente inició el 4 de febrero de 2013, tal como se estipuló en el escrito de demanda; que el testimonio rendido por el

señor Gabriel Remolina, este declaró que el señor Néstor Remolina había iniciado labores para JCG INGENIERÌA a partir del 4 de febrero del 2013, por lo que el juez realizó una indebida valoración del testigo, pues si bien la exactitud del mismo para este despacho le resta certeza al testimonio, dicha certeza en nada afecta la claridad del testimonio y además, teniendo en cuenta la condición de hermano y compañero de trabajo del señor Gabriel Remolina para con el señor Néstor Remolina, dicha condición le otorga un conocimiento más preciso de la situación del trabajador, y si bien la carta obrante en el expediente referente a la afiliación resulta en un indicio para el despacho para establecer el extremo inicial de la relación laboral, dicha prueba al resultar precisamente en un indicio, debería ceder ante la prueba testimonial, máxime cuando la misma es tan clara y tan precisa.

Indicó que por este motivo se considera que está aprobado que el contrato existente entre las partes comenzó el 4 de febrero del 2013 y duró hasta el 30 de agosto del 2014 y por ende, al no haber prueba que permita determinar que JCG INGENIERÌA pagó al demandante las prestaciones sociales y vacaciones correspondientes al año 2013, se debe reconocer y pagar las mismas, así como la indemnización moratoria de la que habla la ley 50 de 1990, es decir de un día de salario por cada día retardo por no haber sido consignadas las cesantías correspondientes al año 2013.

En lo que respecta a la solidaridad que no fue decretad, consideró el apelante que el despacho es realiza una interpretación muy textual de la norma desconociendo la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, citando a manera de ejemplo, las providencias SL 7789 del 2016 Radicado 49730 y SL 14 540-2014 radicado 38651.

Que, en este caso, las actividades desarrolladas por el demandante se encontraban relacionadas con el objeto social de la empresa GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P., por lo que dicha solidaridad debe ser declarada.

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.** Alegó que el objeto social de GASES DEL ORIENTE no solamente trata de la distribución de gas domiciliario, sino que lo componen otras actividades como la construir todas las obras necesarias para el cumplimiento del objeto social, esto es, la construcción de una red o malla de tubería en polietileno parala gasificación, con su respectiva obra civil para distribuir domiciliariamente gas natural, que fue el objeto del contrato de obra civil suscrito por la mencionada empresa y JCG INGENIERÍA.

   Puso de presente que la construcción de obra civil para distribuir domiciliariamente gas natural, era la labor que cumplía el demandante, quien se desempeñaba como EXCAVADOR, tal como se menciona en el oficio del 30 de agosto de 2014 emitido por JCG INGENIERÍA, y aportado con el escrito de demanda, y entre cuyas funciones estaban, tal como lo explicaba el testigo JOSÉ ENRIQUE SUAREZ (quien también se desempeñó en dicho cargo), la de realizar todas las excavaciones en las cuales iban a instalar la red de tubería de distribución de gas y también realizar las “cometidas”, que son las perforaciones en las casas donde van instalado el gas domiciliario.

   Que entonces, si bien el demandante no desempeñó una labor idéntica a la que prestan los trabajadores directos de GASES DEL ORIENTE como pretendía el A quo, lo cierto es que aquel desarrolló labores afines a la del objeto social de dicha empresa, quedando demostrada la solidaridad de esta en el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

   Con respecto al extremo inicial del contrato de trabajo declarado, reiteró los argumentos presentados en la sustentación de su recurso de apelación.

2. **PARTE DEMANDADA.** La empresa GASES DEL ORIENTE, S.A. E.S.P. alegó que las actividades que realizó JCG INGENIERÌA las desarrolló de forma independiente, con plena autonomía directiva, administrativa, técnica, laboral, sin que en ningún caso existiera solidaridad alguna sobre el personal que dicha empresa utilizara en

ejecución de dicho contrato, tal como se pactó en la cláusula séptima del contrato suscrito entre JCG INGENIERÍA S.A.S y GASES DEL ORIENTE, S.A. E.S.P.; que según el artículo 34 del CST, la solidaridad existente entre contratistas independientes y el beneficiario de la obra, se rompe cuando se ejecutan labores extrañas a las actividades normales de su negocio.

3. **PARTE DEMANDADA.** La llamada en garantía, la sociedad ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, indicó que comparte lo manifestado por el A-quo en su sentencia de fecha 09 de noviembre del 2018, en razón a que no le asiste obligación alguna derivada de los hechos que motivaron la presente acción, y además porque de las pruebas arrimadas al proceso y de la misma redacción de la demanda, se infiere que al demandante le fueron satisfechas las acreencias laborales que se derivaron de los contratos suscritos entre la sociedad JCG INGENIERÍA SAS y sus empleados, como quiera que GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. nunca tuvo la condición de empleador del demandante, lo que impide que la aseguradora responda por las condiciones de las pólizas que garantizan el pago de acreencias laborales ante un incumplimiento de los verdaderos patronos de los demandantes, lo que impide que se produzca declaración en su contra.

   Precisó que tal y como se probó, la sociedad GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P., no es responsable de las prestaciones alegadas por el actor en razón a que no existe contrato que sugiera una vinculación laboral con la sociedad; que es evidente que el señor NESTOR REMOLINA CONTRERAS hacía parte del personal destinado por la contratista JCG INGENIERIA SAS, para la ejecución del contrato, y no poseía ninguna vinculación laboral con la empresa, razón por la cual no está obligada a asumir una obligación de la que no es responsable.

   Que, por lo anterior, no está obligada a indemnizar el amparo de PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNZIACIONES, por cuanto no existe vínculo laboral alguno entre el demandante y la sociedad GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P., ni obligación de cancelar obligaciones laborales de los mismos.

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) el extremo inicial del contrato de trabajo declarado, existente entre el señor NESTOR REMOLINA CONTRERAS y la empresa JCG INGENIERÍA, S.A.S y (ii) establecer si la empresa GASES DEL ORIENTE, S.A. E.S.P. es solidariamente responsable en el pago de las obligaciones laborales impuestas a su contratista, a favor del demandante.

EXTREMO INICIAL DEL CONTRATO

No se discute en esta instancia el contrato de trabajo existente entre el señor NESTOR REMOLINA CONTRERAS y la empresa JCG INGENIERÍA, S.A.S, el cual fue declarado por el A quo y contra lo cual no se presentó inconformidad alguna; sin embargo, es preciso revisar la fecha de surgimiento de dicha relación, la cual, según el A quo se dio el 04 de febrero de 2014, contrario a lo alegado por la parte demandante, quien asegura que la misma tuvo inicio el 04 de febrero del año 2013, haciéndose entonces necesario analizar las probanzas traídas a los autos relevantes para el efecto.

A folio 10 se encuentra una comunicación enviada al demandante por parte del señor FABIÁN MUÑOZ como auxiliar de recursos humanos de JCG, el día 15 de febrero de 2014, en la cual le informa a aquel que “a partir del 04 de febrero de 2014 se encuentra afiliado a EPS SALUDCOOP, PENSIÓN: PORVENIR, ARP: SURA, CCF: COMFAORIENTE”.

A folios 35 a 46 se allegó el CONTRATO DE OBRA CIVIL N GT-CR-102-06-12-2013, suscrito entre GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. y JCG INGENIERÍA S.A.S., **el día 06 de diciembre de 2013.**

Por otra parte, de los testimonios recaudados en el proceso, se logró obtener la siguiente información:

El señor GABRIEL REMOLINA CONTRERAS manifestó que es hermano del demandante y que ambos trabajaron para JCG desde el 04 de febrero de 2013 y hasta el 30 de agosto de 2014; el señor JOSÉ ENRIQUE SUÁREZ MOLINA indicó que también trabajó para JCG, donde conoció al demandante en el 2013, habiendo laborado este, según su dicho, durante 9 o 10 meses, casi el año en la empresa.

De lo anterior, es posible manifestar que si bien el señor GABRIEL REMOLINA CONTRERAS coincide con lo manifestado en el escrito de demanda, esto es que el vínculo entre las partes tuvo como fecha originaria el 04 de febrero de 2013, se observa que el contrato de obra civil entre JCG INGENIERÌA y GASES DEL ORIENTE fue suscrito el 06 de diciembre de 2013, fecha posterior a la alegada por el demandante y, al afirmar el mismo que sus labores se desarrollaron con el fin de realizar la ampliación de la red de distribución de gas en el área metropolitana de Cúcuta, en desarrollo del mencionado contrato de obra civil, no es posible concluir que la relación laboral tuvo su génesis el 04 de febrero de 2013, máxime cuando no existe otro elemento probatorio en el plenario que otorgue certeza a esta Sala en ese sentido.

En ese orden de ideas, al iniciar el contrato de obra civil entre JCG INGENIERÌA y GASES DEL ORIENTE, en donde el actor desarrollo su actividad el día 6 de Diciembre de 2013, la comunicación enviada por la demandada al demandante en la que le informan que a partir del 04 de febrero de 2014 se encontraba afiliado a las entidades de seguridad social integral anteriormente referidas, tal y como lo indica el a quo marca el inició de la relación laboral declarada, debiéndose CONFIRMAR la sentencia apelada en este sentido.

SOLIDARIDAD- GASES DEL ORIENTE SA ESP

No es objeto de discusión que el demandante estuvo vinculado laboralmente a JCG INGENIERÍA S.A.S., durante la ejecución del contrato de obra civil No. GT-CR-102-06-12-2013 (folios 35 a 46), que esta ejecutó para GASES DEL ORIENTE S.A. ESP, cuyo objeto consistió en " EL CONTRATISTA, en forma independiente y con plena autonomía directiva, administrativa, técnica y laboral construirá para LA COMPAÑÍA, bajo la modalidad de precios unitarios, una ampliación de la red para la distribución de gas en el área metropolitana de Cúcuta (Los Municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario), que consiste en la construcción de una red o malla de tubería de en polietileno para la gasificación, con su respectiva obra civil para la distribuir domiciliariamente gas natural incluyendo los anillos, troncales, accesorios y obras indispensables para para cruces de arrollo, puentes y cruces encaminados entre otros".

Entonces, en virtud de lo manifestado por el apelante, deberá la Sala establecer si las labores ejercidas por el demandante en desarrollo de su contrato de obra con JCG INGENIERÍA S.AS., el cual, como se dijo se dio en el marco del contrato suscrito entre GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. y JCG INGENIERÍA S.A.S., son conexas a las actividades normales del beneficiario de la obra.

Para resolver lo anterior, necesario se hace estudiar lo reglado en el artículo 34 del C.S.T, según el cual el beneficiario del trabajo o dueño de la obra realizada por un contratista independiente será solidariamente responsable con éste por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario.

Lo anterior, tiene como propósito, blindar los trabajadores frente a las situaciones en las que un empresario quiera desarrollar su objeto social por medio de contratistas, de manera fraudulenta, con el fin de evadir sus obligaciones laborales, tal como lo indicó la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 9881 del 10 de septiembre de 1997.

Es así, que dicha solidaridad se presenta, en palabras de la CSJ (SL4400-2014), cuando "la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste", lo que para determinar la responsabilidad solidaria debe revisarse "no solo el objeto social del contratista y beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador" (sentencia Rad. 45727 CSJ) debiendo existir una correspondencia entre las mismas; en esa medida, la CSJ en sentencia radicado 30997 del 17 de junio de 2008, indicó que no todas las actividades prestadas por los trabajadores de contratistas, hacen que surja la solidaridad para la beneficiaria. Solo cuando se trata de aquellas labores propias o esenciales de esta última.

A modo de ejemplo, ha precisado la CSJ (ver sentencia SL 7789 de 2016) que para la realización de una obra, normalmente se requiere del concurso y colaboración de una de serie de personas que permiten cumplir con el objeto o finalidad de la misma, así como también es necesaria la prestación de servicios públicos tales como agua, alcantarillado, aseo luz eléctrica, teléfonos, etc. Pero ello no significa que las faenas tendientes al mantenimiento de los inmuebles donde se presta el servicio, se entiendan por esa sola circunstancia, inherente o propia de la actividad o labor que desarrolla a quien se le está prestando la asistencia, ya que, de ser así, todas las actividades entrarían en lo que constituye la excepción, como lo serían todas aquellas tendientes a la adecuación o sostenimiento de la planta, relacionados con el aseo, la pintura, la construcción, etc, porque ellas tan solo son un apoyo para el cabal cumplimiento de su labor.

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales y jurisprudenciales, aterrizados en el caso que nos ocupa, se tiene que el accionante afirma en el libelo genitor que se desempeñó como EXCAVADOR, hecho que además coincide con lo manifestado por la misma empresa JCG, en su comunicación vista a folio 9; además, en el testimonio recaudado al señor José Enrique Suárez Molina, éste manifestó que su función era la de excavador, para "meterle gas a las casas".

En cuanto al objeto social de la empresa GASES DEL ORIENTE, S.A. E.S.P. con quien se persigue la solidaridad aquí estudiada, según el certificado de existencia y representación legal visto a folios 2 a 5 esta tiene como actividad social principal "la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas combustible y el desarrollo de todas las actividades complementarias a la prestación de dicho servicio. La compra, adquisición, almacenamiento, transporte, con vehículo de su propiedad o de empresas legalmente constituidas y por gasoductos, de hidrocarburos o sus derivados de todas las formas, pudiendo para ello constituir o ser socio o accionista de otras sociedades; construir y explotar yacimientos, pozos, gasoductos, oleoductos y en general todas aquellas obras necesarias para el cumplimiento del objeto".

Así las cosas, contrastando **el objeto social de la empresa GASES DEL ORIENTE**, dentro del cual se encuentra la construcción de las obras necesarias para el cumplimiento del objeto, siendo este la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas, con el **objeto del contrato de obra civil** suscrito entre aquella y JCG INGENIERÍA (ampliación de la red para la distribución del gas en el área metropolitana de Cúcuta), bajo el cual el actor prestó **sus servicios como EXCAVADOR**, para esta Sala surge evidente que se configura en este caso la solidaridad reclamada, en el pago de las obligaciones laborales a que fuera condenada la empresa JCG INGENIERÏA en la sentencia proferida por el A quo.

No a otra conclusión puede llegarse, en la medida en que la labor de excavación para "ampliar una red para la distribución de gas" es necesaria o inherente a la explotación del objeto social o económico de una empresa que se encarga de la prestación del servicio público domiciliario de gas, así como de la construcción de las obras necesarias para dicha prestación, como lo es GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P., configurándose, como se dijo, el supuesto legal de la solidaridad reclamada, esto es, que la labor ejecutada por el trabajador sea inherente o propia de la actividad que desarrolla a quien se le está prestando la asistencia, tal y como lo indicó la CSJ en sentencia con radicado 30.997 del 17 de junio de 2008 y en las providencias citadas anteriormente.

Así las cosas, se procederá a REVOCAR en numeral CUARTO de la sentencia apelada, y en lugar se CONDENARÄ a la empresa GASES DEL ORIENTE SA ESP como responsable solidaria en el pago de las obligaciones a que fuera condenada la empresa JCG INGENIERÏA SAS en el curso del presente proceso.

En el presente caso la sociedad ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA fue llamada en garantía por la empresa GASES DELORIENTE en virtud de la póliza de cumplimiento Nº 435-45-994000004505 vista a folios 62 a 65, de la cual es beneficiaria y que tiene como objeto "garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista derivadas del contrato de obra civil GT-CR-102-06-12-2013, de fecha 06 de diciembre de 2013, celebrado entre las partes…", incluyéndose el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, lo cual se encuentra detallado en las condiciones generales de dicha póliza, vistas a folios 136 a 140; dichos amparos tienen una vigencia desde el 06 de diciembre de 2013 y hasta el 06 de diciembre de 2017.

Por lo anterior, encuentra esta Sala que la empresa llamada a responder por la indemnización a que fueron condenadas la empresa JCG INGENIERÏA SAS, de manera principal y GASES DEL ORIENTE SA ESP, en solidaridad, es ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, hasta por el monto asegurado, en caso de no haberse ya utilizado el mismo, debiéndose CONDENAR a esta última en este sentido.

Así mismo, se declararán como no probadas las excepciones propuestas por las demandadas GASES DEL ORIENTE SA ESP y la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.

No se condenará en costas en esta instancia por cuanto las resultas del recurso fueron favorables al apelante.

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,

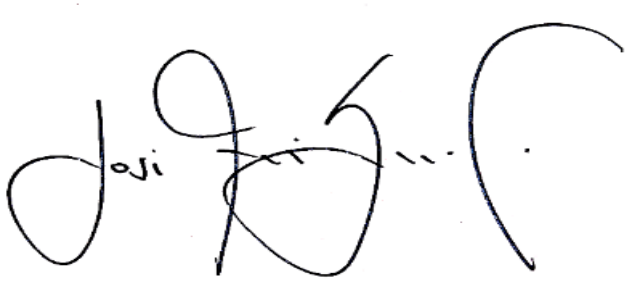
VIII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÜCUTA el día 09 de noviembre de 2018, y en su lugar DECLARAR que la empresa GASES DEL ORIENTE SA ESP es solidariamente responsable en el pago, a favor del señor NESTOR REMOLINA CONTRERAS, de las obligaciones laborales a que fuera condenada JCG INGENIERÏA SAS, incluidas en los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia, obligaciones que deberán ser cancelada por la empresa ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, hasta el monto asegurado y en caso de no haberse utilizado el mismo.

SEGUNDO: DECLARAR como no probadas las excepciones propuestas por las demandadas GASES DEL ORIENTE SA ESP y la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA conforme a lo explicado.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre 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
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-001-2017-00015-01
Partida Tribunal: 18558
Juzgado: Primero Laboral Circuito de Cúcuta
Demandante: Ecopetrol SA
Demandada (o): Henry Martínez Rincón
Tema: Devolución Retefuente
Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto 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 esta ciudad, el día 04 de abril de 2019, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2017-00015-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18558 promovido por ECOPETROL S.A. en contra del señor HENRY MARTÍNEZ RINCÓN.

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

AUTO INTERLOCUTORIO

Sería del caso resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, si no fuera porque en este momento la Sala observa la existencia de una causal de nulidad que vicia lo actuado, conforme a las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que el presupuesto procesal llamado "jurisdicción", constituye uno de los requisitos de validez de los procesos y, su observancia, tiene relación directa con el debido proceso que implica entre otros aspectos, el cumplimiento de la plenitud de las formas propias de cada juicio y que ellas se surtan ante el juez o tribunal competente.

De igual manera, es necesario hacer mención al artículo 48 CPTSS, el cual identifica al juez laboral como director del proceso, facultad que en segunda instancia adquiere este cuerpo colegiado y por la cual está llamado a tomar las medidas de saneamiento y dirección de los procesos, para que los mismos sean tramitados bajo la legalidad y el respeto a los principios y derechos constitucionales.

NULIDAD POR FALTA DE JURISDICCIÓN

El artículo 29 de la Constitución Política establece el derecho al debido proceso, que constituye una de las garantías fundamentales en la toma de decisiones administrativas y jurisdiccionales; dentro de sus componentes principales encontramos la del Juez Natural o competente, que implica que el asunto planteado lo instruya y sea resuelto de fondo por quien recibió ésta atribución del legislador, de tal manera que, se logren materializar los principios de igualdad, administración de justicia, imparcialidad, legalidad entre otros.

La prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal (art. 228 CP) acompañado del derecho al juez natural (art. 29 CP), son componentes del derecho fundamental de acceso a la justicia, por lo que, al legislador le compete determinar las irregularidades que generan nulidad, así, tanto en el derogado Código de Procedimiento Civil art. 140 como el Código General de Proceso vigente, art. 133 se determinan las causales de nulidad, cuyo carácter taxativo fue declarado por la Corte Constitucional en la sentencia C-491/95.

Al respecto, en la sentencia **C-537 del 2016** proferida por la Corte Constitucional, se analizaron diferentes artículos de la Ley 1564 de 2012,

referente a las causales, saneamiento y trámite de las nulidades procesales, sobre la cual se deducen los siguientes aspectos:

El art. 16 del CGP, dispuso que la falta de jurisdicción y la incompetencia por los factores subjetivo[1] y funcional[2] son improrrogables, es decir, que la nulidad que su desconocimiento genera es insaneable. Esto significa que la falta de competencia por los factores territorial, objetivo y de conexidad es prorrogable y el vicio es saneable si no se alega oportunamente. Así mismo, el legislador dispuso que, salvo la sentencia, lo actuado por el Juez incompetente, antes de la declaratoria de nulidad (art. 133 numeral 1º), conserva su validez, (arts. 16 y 138 ibidem).

Igualmente, a pesar de que en los arts. 132, 133,134, 135 y 136 del CGP no quedó planteada la nulidad insaneable derivada de la falta de jurisdicción o de competencia por los factores subjetivo y funcional, tal como se analizó en precedencia, el art. 16 ibidem, dispuso que la nulidad debe ser declarada de oficio por el Juez que se percatará del vicio en cumplimiento de su deber de control permanente de legalidad del proceso (artículo 132) y la competencia es improrrogable, es decir, que el juez no podrá dictar válidamente sentencia, la que expresamente se dispone que será nula.

Para concluir, la Corte Constitucional declaró exequible los artículos demandados y señalando lo siguiente:

> «Ahora bien, el carácter improrrogable de la competencia del juez por los factores subjetivo y funcional determina que, a pesar de preservar la validez de lo actuado, en la materia regida por el CGP, que no incluye los asuntos penales, y para respetar el derecho al juez natural, sin sacrificar otros derechos, no opera en todos los casos la regla *perpetuatio jurisdictionis,* la que conduciría a que una vez asumida competencia por el juez, independientemente de si esta atribución fue adecuada o no, su competencia se prorroga o extiende hasta la sentencia misma. Por el contrario, la manera como el legislador, válidamente desde el punto de vista constitucional, quiso realizar el derecho al juez natural consistió en determinar que (i) una vez se declare la falta de jurisdicción o la falta de competencia del juez, éste deberá remitir el asunto al juez competente; (ii) el juez que recibe el asunto debe

[1] Se trata del criterio de atribución de competencia en razón del sujeto procesal. Es este factor el que atribuye competencia por los fueros de juzgamiento. Se encuentra previsto en los artículos 29 y 30 n. 7 del CGP.
[2] Hace referencia al criterio de atribución de competencia por etapas o momentos procesales. Así, la competencia del juez de primera y segunda instancia, lo mismo que del juez de los recursos extraordinarios y del juez comisionado resulta de la competencia funcional.

continuar el proceso en el estado en el que se encuentre, porque se conserva la validez de lo actuado; (iii) estará viciado de nulidad todo lo actuado después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia; y (iv) el juez incompetente no podrá dictar sentencia y, por lo tanto, la sentencia proferida por el juez incompetente deberá ser anulada y el vicio de ésta no es subsanable».

En armonía con lo expuesto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL2603 del 15 de marzo de 2017. M.P. FERNANDO CASTILLO CADENA

«Desde un punto de vista procesal-constitucional, por regla general, no podría definirse la jurisdicción y competencia mediante sentencia, por cuanto: (i) La falta de jurisdicción es una causal de nulidad **insaneable** y frente a ella el juez debe adoptar las siguientes conductas cuando advierta su existencia: a) mediante **auto** decretar **de oficio** la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción; b) **remitir las diligencias al juez competente y con jurisdicción**. Es esta la vía y la forma diseñada por el legislador para sanear esta irregularidad; no otra. (…)

Y es que resulta lógico que si el juez advierte que carece de jurisdicción, es decir, de absolutas facultades para decidir, lo natural es que resuelva esa vicisitud mediante auto y se abstenga de hacerlo a través de sentencia, porque de hacerlo en esta última forma invadiría la órbita de una jurisdicción distinta, con flagrante vulneración al debido proceso y con clara extralimitación de funciones públicas.

En realidad, el fallo que no se pronuncia sobre el fondo del asunto por ausencia de un presupuesto procesal, es una sentencia inhibitoria, las cuales en el actual ordenamiento constitucional –salvo excepcionalísimos casos- no tienen cabida (…)

Aquí y ahora, necesario es precisar que lo dicho no se opone al deber del juez de decretar la falta de jurisdicción cuando advierta que la controversia es totalmente ajena al contrato de trabajo –y por ende exclusiva de los empleados públicos-, y adoptar las conductas procesales atrás indicadas, esto es, proceder con el rechazo de la demanda o el decreto de la nulidad correspondiente, y, en ambos casos, enviar las diligencias a la jurisdicción que considere competente.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la empresa demandante por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra del señor HENRY MARTÍNEZ RINCÓN, pretendiendo que se declare que este recibió la suma de $90.649.941 como consecuencia de la audiencia de conciliación dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia con radicado 2013-00016 adelantado ante del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, y como consecuencia, se condene al demandado a pagarle la suma de $24.527.702 correspondiente a la retención en la fuente del pago efectuado, con sus intereses legales, suma que debe ser indexada.

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 37 a 39 del libelo originario, los cuales se resumen de la siguiente manera:

1. Que el demandado trabajó para la empresa mediante contrato a término fijo o indefinido.
2. Que el demandado interpuso proceso ordinario laboral en su contra con el objeto de obtener el derecho a la incidencia salarial de los viáticos recibidos durante los últimos tres años de servicio.
3. Que el 22 de abril de 2013 se llevó a cabo la audiencia de conciliación ante el juzgado de conocimiento, en la cual se acordó reconocer la suma de $90.649.941, a título de diferencia prestacional, suma a la cual se le aplicarían los descuentos de ley, dentro de los cuales se encuentra la retención en la fuente.
4. Que dando cumplimiento a lo anterior, la empresa procedió a efectuar el pago respectivo al demandado, motivo por el cual sobre la suma de $90.649.941 se dio aplicación a la normatividad legal.
5. Que existió una diferencia del procedimiento aplicado por retención en la fuente al momento de realizar la proyección y el que se aplicó en nómina (real), siendo el gasto por ECOPETROL el valor de $39.562.391, lo cual no tuvo variación.
6. Que fue así como se consignó una suma superior a lo acordado en la audiencia de conciliación, por lo que se solicitó al demandado la devolución de la suma de $24.527.702, sin que lo hubiera hecho hasta el momento.

7. Que el artículo 206 del Estatuto Tributario establece la aplicación de retefuente a las conciliaciones laborales.

De lo anterior, surge evidente que lo que pretende la empresa demandante es el reembolso de una suma de dinero que erróneamente le entregó al demandante, debido a que la misma corresponde al monto de la retención en la fuente que debió ser aplicada a dicho pago.

Frente a este cobro de sumas dinerarias generadas en obligaciones tributarias, considera la Sala que no se trata un conflicto jurídico que se origine directa o indirectamente en el contrato de trabajo, tal como lo exige el artículo 2 del CPTYSS para que sea resuelto por esta jurisdicción laboral.

En esta misma línea se ha manifestado la HCSJ al resolver situaciones en las que un trabajador solicitaba que se declarara la existencia de un contrato de trabajo realidad que fuera disfrazado a través de contratos de prestación de servicio, solicitando como consecuencia, entre otras cosas, la devolución de la retención en la fuente que le fue descontada de sus pagos mensuales; frente a esto, la Corporación indicó que «De antaño tiene precisado la Corte sobre esta reclamación **-«devolución de los descuentos ilegales denominados retefuente» -, que por tratarse de una cuestión de índole tributaria, ajena a lo que propiamente constituye el presente litigio, no resulta procedente acceder a tal petición, por cuanto no es un asunto de naturaleza laboral;** para el efecto puede consultarse la sentencia CSJ SL del 29 de jun. 2001, rad. 15499, reiterada, entre otras, en la CSJ SL del 14 de oct. 2009, rad. 34559 y del 23 de oct. 2012, rad. 41579» (negrilla fuera de cita), postura que recientemente ha sido reafirmada en providencias como la SL516-2020 y SL5512-2019.

Y si bien en el caso expuesto, la demanda es promovida por el empleador, igualmente se trata del cobro de una obligación de carácter tributario, que se generó por cuenta de una relación de trabajo, pero su estudio, al tener dicha naturaleza fiscal, no corresponde a la esfera de conocimiento del juez laboral, considerando esta Sala, que es atribuible a la jurisdicción civil, siendo competencia de los jueces del circuito de dicha especialidad, en virtud de los artículos 15 y 20 numeral 11 del CGP.

Y es que según el artículo 370 del Estatuto Tributario, en caso de no haberse hecho la retención, el agente retenedor, en este caso ECOPETROL, tiene la facultad de solicitar el reembolso al contribuyente (el trabajador), de la suma que debía ser retenida, en caso de que aquel hubiera surtido la obligación de pago ante la entidad correspondiente (DIAN).

En virtud de lo anterior, esta Sala de Decisión DECLARARÁ la nulidad de todo lo actuado por FALTA DE JURISDICCIÓN y COMPETENCIA en el FACTOR FUNCIONAL a partir de la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 04 de abril de 2019, inclusive, en virtud del art. 16 del CGP y se ORDENARÁ el envío INMEDIATO a los Jueces Civiles del Circuito de Cúcuta atendiendo la naturaleza de las pretensiones de la demanda, DEJANDO a salvo las pruebas recaudadas en el presente proceso en los términos del art. 138 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,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la FALTA DE JURISDICCIÓN para conocer del presente asunto y en consecuencia DECLARAR la NULIDAD de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 04 de abril de 2019, en virtud del art. 16 del CGP.

SEGUNDO: ORDENAR que por la secretaría del juzgado de primera instancia, se remita el expediente a los Jueces Civiles del Circuito de Cúcuta para lo de su competencia.

TERCERO: DEJAR a salvo las pruebas recaudadas en el presente proceso en los términos del art. 138 del C. G. del P., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Oportunamente devuélvase el proceso al Juzgado de origen, para los fines indicados en la parte motiva de esta providencia.

N O T I F Í Q U E S E

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

_____
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

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

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 10 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-001-2017-00411-00, promovido por **Jhon Fredy García Martínez** contra ING Ingeniería S.A.S. y Visión Temporal A y B EST S.A.S.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: Depreca el actor se declare que entre este y la empresa Ing Ingeniería S.A.S., existió un contrato de trabajo, el cual fue finalizado de manera ilegal por encontrarse al momento de su finiquito, con una estabilidad laboral reforzada en razón a su estado de salud.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la pasiva a reintegrarlo sin solución de continuidad a un cargo igual o de mejor jerarquía, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes

al sistema integral de seguridad social (salud, pensión y ARL) causados desde el 10 de agosto de 2015, así como la indemnización contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997.

Del mismo modo, persigue se condene a esta encartada al pago de la indemnización contemplada en el Art. 99 de la Ley 50 del 1990 por la no consignación de las cesantías del periodo 6 de abril de 2015 a 31 de diciembre de 2015, al monto de los intereses a las cesantías causadas en el 2015 y las vacaciones no disfrutadas desde el 24 de mayo de 2014.

Finalmente solicita se condene a la sociedad Visión Temporal A y B EST S.A.S., a responder solidariamente por todas las condenas que se impongan a Ing Ingeniería S.A.S., dado que fungió como simple intermediaria.

Fundamentó sus pretensiones, básicamente, en: **1) Que** el 21 de mayo de 2014, suscribió con la empresa Visión Temporal A y B EST S.A.S., contrato de obra o labor para desempeñar el cargo de ayudante de obra como trabajador en misión de la empresa usuaria ING Ingeniería S.A.S., mismo que se extendió hasta el 30 de marzo de 2015 con una asignación de un salario mínimo legal mensual vigente; **2) Que** pese a no dejar de prestar sus servicios, suscribió nuevo contrato de trabajo el 6 de abril de 2015 para cumplir las mismas labores dispuestas en el anterior instrumento contractual **3) Qué** durante el transcurso de la relación laboral estuvo bajo las órdenes de la empresa ING Ingeniería S.A.S., por cuenta del ingeniero Eberto Manuel Paternina; **4) Que** el 13 de julio de 2015 tuvo que asistir al servicio médico por presentar *"limitación funcional asociada a fiebre no cuantificada";* fecha en la que le fue otorgada incapacidad por 5 días, sin que su médico tratante se la prorrogare bajo el argumento de que debía definirse el origen de su enfermedad; padecimiento que adujo en el líbelo introductor se ha mantenido

en el tiempo, tanto que su ARL efectuó estudio del puesto de trabajo el 6 de octubre de 2015, se le otorgaron recomendaciones médico laborales y su EPS Cafesalud emitió el 28 de diciembre siguiente, concepto de medicina laboral, diagnosticándole como de origen común su enfermedad.

Añadió **5) Que** el 1 de agosto de 2015, la empresa ING Ingeniería S.A.S., sin garantizarle su derecho de defensa, lo llamó a descargos por la inasistencia a su lugar de trabajo el 16 de julio; 6**) Que** desde el 10 de agosto de 2015 dejó de recibir de Visión Temporal A y B S.A.S. su salario; y 7**) Que** solo hasta el 9 de febrero de 2016 a través de correo certificado, le fue notificada la terminación unilateral de su contrato de trabajo a partir del 10 de agosto de 2015 , la cual se fundó en lo contemplado en el literal h del numeral 1 del artículo 61 y numerales 10, 12 y 13 del Art. 63 del C.S.T., sin que se hubiere solicitado autorización para despedir al Ministerio del Trabajo por sus condiciones de salud.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: La sociedad ING Ingeniería S.A.S., se opuso a las pretensiones elevadas por Jhon Fredy García Martínez. (Fls. 211 a 221) bajo el argumento de que no suscribió contrato de trabajo con el mismo, en la medida que existe un contrato interinstitucional con la empresa de servicios temporales demandada, quien le suministra ocasionalmente personal bajo los presupuestos establecidos en los artículos 77 y siguientes de la Ley 50 de 1990.

Refirió que el actor prestó sus servicios como trabajador en misión a partir del 6 de abril de 2015 y no desde la fecha señalada en el líbelo genitor, por manera que no puede hablarse de la existencia de un primer y segundo contrato.

Aunado, esbozó que no tuvo conocimiento de las particularidades de las patologías sufridas por el actor, a excepción del otorgamiento de una incapacidad por 5 días, como tampoco que la empresa de servicios temporales había decidido dar por terminado su contrato de trabajo, pues ello lo conoció solo hasta el momento en que le fue notificada una acción constitucional incoada por Fredy García en su contra.

Añadió que de conformidad con información recibida por la empresa de servicios temporales Visión Temporal Ay B S.A.S., el demandante abandonó su sitio de trabajo y se rehusó a asistir de nuevo, de modo que se configuró una justa causa para finalizar su vínculo laboral.

Visión Temporal A y B EST S.A.S., se opuso a la totalidad de las súplicas y propuso como excepciones de mérito las que denominó "*cosa juzgada material y formal; terminación del contrato de trabajo por causas atribuibles al trabajador, ausencia de razón por parte del actor para presentar reclamación en materia laboral y pago total de las acreencias y demás emolumentos de carácter laboral correspondientes al actor*"

Arguyó para el efecto que, el contrato de trabajo por la duración de la obra suscrito con el actor, inició el 6 de abril de 2015 para desarrollar trabajos como ayudante de obra en calidad de trabajador en misión al servicio de la empresa usuaria ING Ingeniería S.A.S.; mismo que finalizó unilateralmente y con justa causa comprobada el 10 de agosto de esa anualidad, entre tanto luego de vencida la incapacidad que le fue otorgada el 13 de julio de 2015, dejó de asistir a su lugar de trabajo sin justificación válida alguna.

Refirió además que, el demandante no gozó de estabilidad laboral reforzada si se atiende que el diagnóstico de la patología que presentó, conforme lo determinó la junta médica, tiene origen común y por ende no existe un nexo

causal entre aquella y las funciones asignadas inherentes a su trabajo, de modo que no resultaba necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo, máxime dice, que la causa de la finalización del vínculo contractual no tenía relación con su estado de salud, tal y como se señaló en decisión emitida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con función de conocimiento de Cúcuta al desatar impugnación al interior de acción de tutela elevada por el Fredy García en contra de las aquí demandadas.

Por último, enfatizó en que a la finalización del contrato de trabajo liquidó debidamente sus acreencias laborales, mismas que fueron puestas a disposición del Juzgado 37 Laboral de Bogotá a través de un pago por consignación, lo cual informó a su extrabajador a través de correo electrónico, por manera que no adeuda a la fecha emolumento laboral alguno.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2018 declaró que entre Jhon Fredy García Martínez y la sociedad VISIÓN TEMPORAL A Y B EST S.A.S., existió un contrato de trabajo desde el 6 de abril de 2015 al 10 de agosto de 2015 y en consecuencia la condenó al pago de $3´973.491 por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., absolviéndola de las restantes peticiones. Además, dispuso absolver de todos los pedimentos a ING Ingeniería S.A.S., condenando en costas a la empresa de servicios temporales.

Refirió que dentro del acervo probatorio no encontró demostración la existencia del contrato de trabajo que adujo el demandante inició en mayo de 2014, sino el de obra o labor que suscribió con la empresa de servicios temporales el 6 de abril de 2015, mismo que señaló finalizó el 10 de agosto de 2015 por culpa imputable al trabajador, en tanto quedó demostrada la causal

que le fue endilgada en la carta de despido, valga decir, su inasistencia a laborar luego de vencida la incapacidad que se le otorgó por su médico tratante el 13 de julio de ese mismo año; sin embargo refirió que las acreencias laborales producto de dicha vinculación solo fueron consignadas por su empleador hasta febrero de 2016, por manera que se incurrió en mora en la satisfacción de aquellas por un término de 185 días.

Concluyó además que, al no encontrar acreditación de la estabilidad laboral reforzada en la que Jhon Fredy García Martínez fundó la solicitud de ineficacia de la terminación, el empleador no estaba obligado a solicitar autorización alguna al Ministerio del Trabajo, como quiera que no se aportó dictamen de pérdida de capacidad laboral en la que se certificare el porcentaje de su limitación por virtud de la patología que padece.

Coligió que al ser Visión Temporal A y B EST S.A.S., una empresa de servicios temporales que se encuentra autorizada para suministrar trabajadores en misión conforme la ley, no resulta dable condenar a la sociedad Ingeniería S.A.S. Esto en virtud de que se encuentra acreditado que entre aquellos demandados subsistió una relación comercial con esa finalidad.

RECURSOS DE APELACIÓN: el actor pretende se revoque la anterior decisión y en su lugar se declare que existió un contrato de trabajo desde el mes de mayo de 2014, en tanto con las documentales aportadas al plenario, se encuentra acreditado que prestó sus servicios desde dicha data, valga decir, liquidación de prestaciones sociales y respuestas otorgadas por las aquí demandadas al interior de una acción de tutela presentada en contra de tales la cual conoció el Juzgado Promiscuo Municipal de Tibe- Norte de Santander. Del mismo modo que a la finalización del vínculo laboral se encontraba limitado para desempeñar sus funciones de lo cual era conocedor su

empleador, sin que pueda endilgársele la inasistencia a laborar como una justa causa de despido, más dice, cuando no resulta necesario contar con una calificación de pérdida de capacidad laboral para acreditar una merma importante en su estado de salud. Finalmente añadió que no se tuvo presente que a la finalización del vínculo contractual, se vulneró su debido proceso en tanto no existe claridad en quién adelantó la diligencia de descargos que se le hizo.

Visión Temporal A y B EST S.A.S., solicita se revoque la condena que le fue impuesta por concepto de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., en tanto ésta no es de aplicación automática, debiendo evaluarse para su imposición la mala o buena fe del empleador omiso, lo cual pasó por alto el juez a-quo en tanto la razón por la cual solo hasta febrero de 2016 se comunicó la terminación del contrato de trabajo del actor con efectos desde el 10 de agosto de 2015 y pagó sus acreencias laborales, lo fue con el ánimo de darle tiempo al mismo para justificar su inasistencia a laborar, esto es, para que presentare las incapacidades respectivas o aportare algún otro documento que le diera sustento a la no prestación de sus servicios, cancelando incluso los aportes al sistema de seguridad social hasta enero de 2016, lo que justifica la demora en la consignación de su liquidación final de prestaciones sociales y es evidencia de que su conducta estuvo precedida de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: El actor refiere que se encuentra demostrado que laboró para Visión Temporal S.A.S., por un tiempo de 14 meses y 15 días, prestando sus servicios como trabajador en misión para la empresa ING Ingeniería S.A.S., con lo que se verifica que dicha usuaria trasgredió lo establecido en el numeral 3º del artículo 77 de la ley 50 de 1990, por manera que la verdadera empresa con la que trabajó es ING Ingeniería

S.A.S. toda vez que, quien lo contrató, esto es, la empresa temporal fungió como simple intermediaria, debiendo la usuaria, asumir las consecuencias de la finalización del vínculo de manera principal. Dice que si bien es cierto para el momento de la terminación de la relación laboral no tenía una incapacidad médica, ello no era suficiente para establecer que no se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, tanto que tuvo que recurrir al servicio médico por presentar constantemente cuadros de fiebre y dolor lumbar tal y como se desprende del acervo probatorio allegado al proceso.

Concluye que tiene derecho a que la empresa ING Ingeniería S.A.S., lo reintegre al cargo que desempeñaba sin solución de continuidad, así como al pago de la indemnización de los 180 días de que trata el articulo 26 de la ley 361 de 1.997.

3o. CONSIDERACIONES

A partir de las apelaciones tanto del actor como de Visión Temporal A y B EST S.A.S., los asuntos a resolver consisten en determinar si Jhon Fredy García Martínez prestó sus servicios a través de un único contrato desde mayo de 2014 como ayudante de obra en misión, hasta la fecha en que se dio por terminado su vínculo contractual. Luego se establecerá si ING Ingenierías S.A., fue o no en su verdadero empleador y Visión Temporal A y B S.A.S., simple intermediaria en voces del artículo 35 del C.S.T.

Del mismo modo, se verificará si al momento del finiquito contractual, el deprecante se encontraba o no cobijado por la protección de estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y por ende si hay lugar o no a ordenar su reinstalación a un cargo de igual o superior

categoría junto con el pago de las acreencias laborales dejadas de percibir, o en su defecto si su despido acaeció con justa causa comprobada.

Finalmente, de no encontrar prosperidad las pretensiones que de orden condenatorio elevó de manera principal el actor, habrá de dilucidarse si hay lugar o no a imponer la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, por el retraso en el pago de la liquidación final de acreencias laborales.

En función de resolver los cuestionamientos aludidos, sea lo primero señalar que se encuentra plenamente acreditado que entre Visión Temporal A y B S.A.S., como empresa de servicios temporales e ING Ingenierías S.A. en calidad de empresa usuaria, se suscribió el 16 de abril de 2014 contrato de prestación de servicios para suministro de personal en misión, según puede verificarse en folios 202 a 206.

Del mismo modo que entre el actor y la empresa de servicios temporales se celebró un contrato de trabajo el 6 de abril de 2015 por la duración de la obra o labor contratada, que se extendió hasta el 10 de agosto de 2015 para prestar sus servicios como trabajador en misión en ING Ingeniería S.A.S., llevando a cabo labores como ayudante de obra, según dan cuenta las documentales obrantes a folios 8 a 11.

Como quiera que el actor pretende se declare la existencia de una única relación laboral desde mayo de 2014 hasta el 10 de agosto de 2015, y, como las sociedades encartadas refirieron que las funciones del trabajador como ayudante de obra en misión se desarrollaron tan solo a partir del 6 de abril de 2015, resulta menester precisar que quien alegue la existencia de un contrato de trabajo, debe demostrar la efectiva prestación del servicio personal en favor otra persona natural o jurídica, para beneficiarse de la previsión del

artículo 24 del C.S.T., según la cual , toda relación de trabajo se presume que está regida por un contrato de dicha naturaleza.

En ese sentido, se ha señalado ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina que, si concurren los elementos de actividad personal y remuneración, el elemento de la subordinación se debe presumir salvo prueba en contrario. Por esto, si la parte actora demuestra que hubo una prestación personal de servicios remunerada, debe la pasiva acreditar que la labor no era subordinada. En otros términos, al trabajador sólo le basta acreditar que realizó una actividad en beneficio de otra persona natural o jurídica y que por ello se le remuneraba para que de inmediato surja a la vida jurídica la presunción de que dicha actividad estuvo regida por un contrato de trabajo.

Así, del acervo probatorio contrario a lo sostenido por el a-quo, se acredita que Jhon Fredy García Martínez prestó sus servicios como trabajador en misión para la empresa ING Ingeniería S.A.S.S., desde el 21 de mayo de 2014, a través de un contrato de trabajo de labor u obra determinada pactado con Visión Temporal A y B S.A.S., pues, basta verificar liquidación final de prestaciones sociales de fecha 19 de marzo de 2015 elaborada por la empresa de servicios temporales vista a folio 229 del anexo de la demanda, de donde se extrae que dicha relación laboral culminó el 30 de marzo de 2015, lo que se acompasa con lo admitido esta última sociedad cuando dio respuesta a los hechos 1 a 3 de la acción de tutela que se elevó en su contra por el aquí demandante (Fl. 1 a 10 y 211 Cdn anexo). Documentales estas que son parte integrante del material probatorio de este juicio y que en todo caso no fueron desconocidas por la pasiva.

Establecido conforme lo refirió el actor en los supuestos fácticos de su líbelo genitor, que sostuvo con Visión Temporal A y B. S.A.S., dos contratos de

trabajo para desempeñarse como ayudante de obra en misión para ING Ingeniería S.A.S., el primero desde el 21 de mayo de 2014 al 30 de marzo de 2015 y el segundo desde el 6 de abril al 10 de agosto de 2015, procede a verificar si su verdadero empleador lo fue o no la sociedad beneficiaria del servicio, y no la empresa de servicios temporales, por desarrollar labores que no correspondían a aquellas transitorias u ocasionales de que trata el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y por ende si en el caso bajo estudio, se produjo o no una intermediación laboral.

Conforme el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) son aquellas que contratan la prestación de servicios a terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades. Labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la EST, la cual tiene respecto de éstas el carácter de empleador, valga decir, que tales convenios tienen como objetivo suministrar mano de obra temporal a las empresas para el desarrollo de operaciones del proceso productivo o comercial.

De manera que uno de los elementos esenciales de este tipo de acuerdos es la temporalidad del servicio de colaboración contratado, además de ello, limitado y procede excepcionalmente, por tanto, solo se puede convenir en las específicas hipótesis de que trata el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, a saber:

> *1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.*
> *2. Cuando se requiere 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.

De la norma en cita, se colige que, el vínculo ha de ser temporal y la contratación entre la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales debe observar, establecerse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios, con un plazo máximo para la última eventualidad de 12 meses, lo cual descarta tener trabajadores fijos o de planta por intermedio de una o varias temporales, habida cuenta que el parágrafo único del artículo 13 del Decreto 24 de 1998, modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998 dispone que si *"cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta 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."*

Quiere decir lo anterior que a la empresa usuaria le está vedado mantener a un trabajador en misión por más de año, aun cuando subsistan incrementos en la producción o en los servicios, en tanto del quebrantamiento de esta prohibición legal, deviene como consecuencia jurídica el que deba tenerse al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria. Esto en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, devenido del artículo 53 superior y como ha sido adoctrinado por el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, verbi gracia en la sentencia radicado 25.717 del 22 de febrero de 2006, entre otras. Vinculación contractual que ha de entenderse como indefinida y que deberá gozar de las prerrogativas que su verdadero empleador tiene para con sus trabajadores. A su vez la empresa de servicios temporales se tendrá como simple intermediaria que, al omitir manifestar su calidad, está obligada a responder solidariamente por

todas y cada una de las obligaciones de aquella, esto último en voces del Art. 35 del C.S.T.

De las premisas fácticas descritas, así como del material probatorio obrante, se advierte que la empresa usuaria ING Ingeniería S.A.S., no acreditó que los servicios que solicitó a la empresa de servicio temporal Visión Temporal A y B S.A.S., hayan sido en razón a las causales señaladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, además de ello porque excedió los términos máximos legalmente autorizados para esos eventos.

En efecto, nótese que el contrato de prestación de servicios suscrito entre las aquí demandadas visto a folios 202 a 210 si bien indica en la cláusula primera que su objeto es el suministro de trabajadores en misión para los casos y en los términos del artículo 77 de la ley 50 de 1990, no especifica cuál es la necesidad concreta de ING Ingeniería S.A.S., como empresa contratante. No basta con indicar que será para los casos señalados en la ley, toda vez que, son 3 las hipótesis que plantea la norma, las cuales difieren sustancialmente en cuanto al límite de temporalidad establecido para cada caso.

Ahora bien, si se efectuara una interpretación amplia del contrato civil-comercial celebrado entre las demandadas atendiendo que en él se dispuso que el servicio sería prestado a través de un número de trabajadores acorde al volumen del trabajo a desarrollar, y de entender que la necesidad que motivó el servicio temporal es la hipótesis del numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, del material probatorio obrante en el proceso, se advierte que se incurrió en la infracción contenida en el artículo 13 del Decreto 24 de 1998, esto es, la de prorrogar el contrato o celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales para la prestación del

servicio a la empresa usuaria cuando la causa que originó el contrato subsiste. Esto en el entendido de que, si bien la empresa temporal se ocupó de no exceder el término de 6 meses prorrogables por otros 6 meses más previsto en el numeral 3° del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, al suscribir dos contratos de trabajo con el aquí actor, cada uno por un periodo inferior a un año, ya que, el primero se extendió por 10 meses y 10 días y el segundo tuvo una duración de 4 meses y 6 días, lo cierto es que Jhon Fredy García Martínez ejerció en aquellos idénticas funciones, bajo igual cargo y para la misma sociedad usuaria, es decir, ING Ingeniería S.A.S.

En ese orden de ideas, tal y como se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, como por ejemplo en sentencia SL1170-2017, reiterada en decisión SL087-2018, cuando se suscriben diferentes contratos de trabajo para desarrollar las mismas labores, ello con la única intención de darle apariencia de independencia entre sí, se desvirtúa completamente la temporalidad del servicio de colaboración contratado, evidenciándose, por el contrario, su vocación de permanencia, donde el usuario se convierte en un verdadero empleador y, en tales condiciones, se desdibuja la legalidad y legitimidad de esta forma de vinculación laboral.

De modo que, toda esta situación anómala en el uso de la figura del servicio temporal pone en la palestra igualmente que la intención de la demandada ING Ingeniería S.A.S., fue la de encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales del demandante, contratando a través de la empresa de servicio temporal Visión Temporal A y B S.A.S., el servicio de éste mediante contratos de obra y labor que no excedieran el máximo establecido por la ley, es decir, de 12 meses

para que a la suscripción del siguiente contrato de trabajo, se hiciera notar la existencia de una presunta nueva relación laboral .

Quiere decir lo anterior que pese a la forma de vinculación que quedó acreditada con el contrato de trabajo visto a folios 8 a 11 y las liquidaciones de prestaciones sociales obrantes en los folios 229 y 230 del cuaderno anexo, la realidad enseña que el trabajador fue contratado para cubrir necesidades permanentes de ING Ingeniería S.A.S.S., utilizando indebidamente la ley para eludir los derechos del demandante quien siempre prestó sus servicios a favor de esta sociedad. Cabe señalar que esto era conocido por las encartadas, tanto que se empeñaron en desconocer en este juicio la existencia del contrato de trabajo desde el mes de mayo de 2014, con el ánimo de no develar que se superaron los términos máximos de duración establecidos en el Art. 77 de la Ley 50 de 1990. En virtud de lo anotado, la empresa usuaria se convierte en verdadero empleador y la de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35, numeral 2° del C.S. T.

Atendiendo lo dicho y colegido, se declarará la existencia de un único contrato de trabajo entre el **Jhon Fredy García Martínez** en calidad de trabajador e ING Ingeniería S.A.S., como su verdadera empleadora., que se extendió desde el 21 de mayo de 2014 al 10 de agosto de 2015.

Ahora, como el actor pretende que se declare que la terminación de su contrato de trabajo el día 10 de agosto de 2015 devino ineficaz, comoquiera que no se obtuvo la autorización previa de la respectiva autoridad, al ostentar el derecho a la estabilidad laboral reforzada por padecer de diversas patologías que le impedían prestar sus servicios, ha de resolverse tal cuestión a la luz de lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, a través de la cual se

establecieron mecanismos de integración social de las personas con limitación y cuyo artículo 26 dispuso que:

> *"(…) ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo."*

Sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1360 de 2018, ha señalado que tiene como objetivo promover la inclusión y participación de los trabajadores con discapacidad y a su turno evitar que los ámbitos laborales sean espacios de discriminación o exclusión.

En esa medida, es palmario que dicha norma protege al trabajador que presente una merma importante en su estado de salud, en la fase de la extinción del vínculo laboral con la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, es decir, aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Por manera que, las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva, son legítimas en orden a dar por concluida la relación laboral.

Respecto a los sujetos que gozan de una estabilidad laboral reforzada, la Corte Suprema de Justicia ha considerado de vieja data que la prohibición de despedir o dar por terminado el contrato, opera para las personas que presenten una minusvalía o limitación, superior al 15%, es decir, desde el grado moderado de severidad., en virtud a lo referido en el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, actualmente derogado por el Decreto 1352 de 2013. No tiene cabida esta seguridad para las quienes padezcan cualquier tipo de

limitación; menos aún para quienes se hallen en una incapacidad temporal por afecciones de salud.

Así, en reciente sentencia SL635 de 2020, se señaló que si el trabajador demuestra que para el momento del despido, padecía una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15% de PCL y acredita que el empleador tenía conocimiento de las patologías, deficiencias, discapacidad y minusvalías adquiridas durante el desarrollo del contrato de trabajo, habrá de presumirse a su favor que la terminación del vínculo laboral obedeció a un acto discriminatorio por su estado de salud; teniendo entonces el empleador la carga probatoria de derruir tal presunción, demostrando que se ello acaeció por virtud de una justa causa.

En ese sentido, a la luz del criterio anterior y de cara a los supuestos fácticos probados, es claro que no resulta dable declarar la ineficacia del finiquito contractual de Jhon Fredy García Martínez y en consecuencia ordenar su reintegro, toda vez que, no se acreditó que a la finalización del contrato se encontrare calificada su patología y que se hubiere otorgado un porcentaje de pérdida de capacidad laboral que lo pudiera ubicar en los grados de discapacidad señalados en la norma, esto es, "moderada" la cual conlleva que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; "severa", la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%.

No se desconoce la tesis que sobre la acreditación de la estabilidad laboral reforzada tiene la Corte Constitucional, en el sentido que no es necesaria la acreditación de una pérdida de capacidad laboral o un porcentaje de calificación de P.C.L., sino la existencia de una afectación en la salud del trabajador que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus

labores en las condiciones regulares (sentencia SU-049 de 2017). Empero, se estima que el planteamiento del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, brinda mayor seguridad jurídica en la medida que ha centrado la procedencia de la protección reforzada al dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, constituyendo este un criterio objetivo para identificar la discapacidad, máxime que no puede perderse de vista que, no toda condición de discapacidad conlleva una situación de debilidad manifiesta y por ende el surgimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Véase que, si bien dentro del cartular milita una incapacidad que se le otorgó por un término de 5 días desde el 13 de julio de 2015, así como historia clínica que da cuenta de sendas atenciones médicas en las IPS Centro Clínico Integral Tibú LTDA., y Corporación IPS Saludcoop Norte de Santander (Fls. 13 a 22 y 26 a 33), lo cierto es que todas ellas atienden a diagnósticos disímiles entre sí, verbi gracia *"obesidad no especificada", "quiste pilonidal con absceso", "lumbago con ciática", "discopatía degenerativa"*, entre otros, no siendo claro de cuál de todos éstos pende la estabilidad laboral que persigue, más aún cuando no acreditó que por alguno de tales padecimientos contare para el momento del despido con una limitación o discapacidad por lo menos moderada. Bajo estos parámetros, no resultan atendibles los argumentos esgrimidos por el recurrente actor, cuando sostiene que es sujeto de especial protección y por ende el despido deviene en ineficaz.

En razón de que las súplicas de orden condenatorio no encontraron prosperidad, ha de surtirse el análisis de las subsidiarias, iniciando por establecer si el despido del actor fue injusto o en su defecto se encuentra soportada en una justa causa legal.

A folio 82 se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por Visión Temporal A y B EST S.A.S, donde expresa que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme lo señalado en los numerales 10, 12 y 13 del Art. 63 del C.S.T.; decisión que obedeció a que Jhon Fredy García Martínez se negó sistemáticamente a presentarse a la empresa ING Ingeniería S.A.S., a prestar la labor para la que fue contratado y se abstuvo de allegar las órdenes de incapacidad que presuntamente le habían sido otorgadas por la EPS a la cual se encontraba afiliado, lo que además de impedir constatar su real y actual estado de salud, en la eventualidad de la existencia de dichas incapacidades, no resultó posible gestionar su pago ante la correspondiente entidad (EPS o ARL)

Dicho ello y teniendo en cuenta que no se discute la ausencia del demandante a su trabajo luego de finalizada la incapacidad a que se hizo mención, pues, ello se relató en la demanda (Fl 138-147); fue admitido por el actor en diligencia de descargos adelantada el 1 de agosto de 2015 en las instalaciones de la empresa ING Ingeniería S.A.S., (Fl. 24 y 25), ésta que ya se determinó fungió como su verdadero patrono; se expuso por el demandante en solicitud de evaluación de puesto de trabajo que elevó ante la Corporación IPS Norte de Santander (Fl. 39) , lo que además quedó en evidencia de lo relatado por el testigo Eberto Paternina Contreras, quien al ser trabajador de ING Ingería S.A.S., pudo constatar que desde el mes de julio de 2015 el demandante dejó de presentarse a laborar, y en el "i*nforme de estudio de puesto de trabajo*" elaborado por la Dirección de Medicina Laboral y del Trabajo de Sura (Fl 70), cuando indicó que el mismo se realizó por homologación en tanto el actor *"no se ha presentado a laborar desde el 13 de julio de 2015 por incapacidad"*, resulta oportuno evaluar si dicha ausencia se encontraba debidamente justificada con conocimiento pleno de su empleador, para derruir el supuesto de la justeza que fundó el finiquito contractual.

Refirió Jhon Fredy García Martínez que la razón por la que faltó a su lugar de trabajo para desarrollar las labores que le fueron encomendadas por su empleador, se fundó en que si bien es cierto sus médicos tratantes no le otorgaron incapacidad adicional a la generada el 13 de julio de 2015 hasta tanto se le hicieran las valoraciones con los respectivos especialistas, también lo es que se encontraba muy limitado en su estado de salud en tanto las dolencias que presentó le dificultaba considerablemente desplegar las labores que habitualmente realizaba, lo que no era desconocido por su empleador.

Evaluado dicho argumento, es importante precisar que son los médicos tratantes en ejercicio de su autonomía, la cual se encuentra descrita en el artículo 105 de la Ley 1438 del 2011 y el artículo 17 de la Ley 1751 del 2015, quienes pueden adoptar las decisiones relativas al diagnóstico de sus pacientes, lo que incluye la posibilidad de expedir incapacidades, si así lo consideran, debido a la magnitud de sus padecimientos y el grado de afectación para el ejercicio de sus funciones

En el caso sub-analice, de la densa historia clínica arrimada se tiene que, los médicos tratantes, quienes se repite, son los llamados legalmente a determinar la existencia de incapacidades, han considerado con base en criterios profesionales, que el actor aunque presenta ciertas patologías y recibió tratamiento asistencial, se encuentra en condiciones aptas para laborar, por cuanto no le fueron expedidas incapacidades adicionales a la emitida el 13 de julio de 2015, por manera que si el profesional idóneo para determinar la limitación en su estado de salud no conceptuó en tal sentido, mal podía a mutuo propio el demandante dejar de asistir a su lugar de trabajo.

En ese orden se concluye, que el actor no acreditó la motivación que adujo

para sustraerse del cumplimiento de la primera obligación que emerge del contrato de trabajo, cual es la prestación personal del servicio para el que fue contratado y por ende se encuentra configurada no solo la causal señalada en la carta de despido fundada en el numeral 10 del Art. 62 del C.S.T., esta es "*la sistemática inejecución, sin razones válidas por parte del trabajador de las obligaciones convencionales o legales",* sino la referida como justa causa para despedir referida en el literal d) de la cláusula décima cuarta del contrato de trabajo visto a folio 11, la cual señala *"la inasistencia por una sola vez a su sito de trabajo sin justa causa comprobada"* . En virtud de lo antedicho, se confirmará en este aspecto la decisión del a-quo.

Finalmente, resulta oportuno verificar si hay lugar a imponer el pago de la indemnización moratoria contemplada en el Art 65 del C.S.T., a la sociedad ING Ingeniería S.A.S., y subsidiariamente a la empresa de servicios temporales Visión Temporal A y B S.A.S., dado que la liquidación final de prestaciones sociales de Jhon Fredy García Martínez tan solo fue cancelada a través de pago por consignación en el mes de febrero de 2016 conforme da cuenta título de depósito judicial visto a folio 236 del cuaderno anexo, pese a que la fecha de finalización de su contrato lo fue el 10 de agosto de 2015.

Establece la norma en cita que, para el caso en que el empleador al término del contrato de trabajo no pague al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudadas, deberá reconocer el equivalente a un día de salario por cada día de retraso, que corre hasta el día en que se haga efectivo el pago de aquellos si el salario era el correspondiente al mínimo legal vigente, o hasta por 24 meses si era superior al mismo y a partir del mes 25 se empiezan a deber intereses moratorios.

La Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos ha adoctrinado que la indemnización moratoria no es de aplicación automática, siendo indispensable antes de imponerla estudiar la conducta o proceder del deudor y verificar si estuvo o no asistida de buena fe que se traduce en la rectitud de una conducta. En otras palabras, no es que se presuma la buena fe o que deba demostrarse su ausencia, sino que la indemnización opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su actuar, que respalden un comportamiento asistido de la misma, es decir recto y leal. (Ver sentencias SL15.507-2015, SL8216-2016 y SL6621-2017).

Sobre el particular Visión Temporal A y B S.A.S, como representante del verdadero empleador tal y como ya se determinó por fungir como simple intermediario, adujo que la razón por la que se efectuó el pago de las acreencias finales tan solo hasta el mes de febrero de 2016, lo fue porque estaba a la espera que el trabajador demandante acreditare las razones por las cuales dejó de asistir a su lugar de trabajo, esto es que se encontraba incapacitado o con restricciones para desempeñar cualquier labor, por manera que la mora en el pago se encuentra precedida de una conducta que exterioriza su buena fe.

A partir del acervo probatorio, se tiene que los supuestos fácticos esbozados por la sociedad recurrente en cuanto a las razones por las cuáles incurrió en mora en el pago de la liquidación final de prestaciones sociales del actor, se encuentran plenamente acreditados si se tiene en cuenta que, incluso las comunicaciones de Jhon Fredy García Martínez dirigidas a su EPS así como la respuesta que sobre aquellas realizó la Corporación IPS de Norte de Santander y Cafesalud EPS visibles a folios 39, 73 y 93 del plenario, dan cuenta que su empleador le solicitó en diversas oportunidades las incapacidades en que fundaba su inasistencia a laborar.

Sin embargo, probado como queda que en la realidad solo existió un contrato de trabajo entre el demandante e ING Ingeniería S.A.S., no puede exonerarse a esta demandada de la sanción moratoria, en tanto que, deliberadamente acudió a la contratación de servicios temporales de manera irregular para suplir necesidades permanentes sin que puedan existir elementos de juicio suficientes que ubiquen a esta demandada en el campo de la buena fe y, en consecuencia, sea liberada de la imposición de esta sanción, pues por el contrario su conducta a lo largo de la prestación del servicio se orientó a sustraerse de sus obligaciones de índole laboral.

En síntesis, al estar acreditado que el verdadero empleador del actor lo fue ING Ingeniería S.A.S., y no la empresa de servicios temporales Visión Temporal A y B S.A.S., pues ésta fungió como simple intermediario sin manifestar su calidad, razón suficiente para desvirtuar que su actuar se ciñó a la buena fe, se modificará el numeral tercero de la sentencia proferida por el a-quo en el cual dispuso condenar únicamente a Visión Temporal A y B E.S.T., a cancelar la indemnización moratoria contemplada en el Art. 65 del C.S.T., para en su lugar condenar al pago de ésta a ING Ingeniería S.A.S., como empleador de Jhon Fredy García Martínez y solidariamente a la empresa de servicios temporales demandada en voces de lo dispuesto en el Art. 35 del C.S.T., declarando en consecuencia impróspera la excepción de *"ausencia de razón por parte del actor para presentar reclamación en materia laboral"*.

Así mismo, al haberse determinado que, a la fecha del finiquito contractual el actor no se encontraba cobijado por la protección de estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y su despido se encontró soportada en una justa causa legal, se confirmará en este aspecto lo

decidido en primera instancia, lo que deviene en la prosperidad de la excepción "*terminación del contrato de trabajo por causas atribuibles al trabajador*".

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del CGP, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas a la pasiva ING Ingeniería S.A.S., y Visión Temporal A y B S.A.S., al no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada $490.328,5

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 **PRIMERO** de la sentencia del 10 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta para en su lugar **DECLARAR** que entre Jhon Fredy García Martínez y la sociedad ING Ingeniería S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 21 de mayo de 2014 y el 10 de agosto de 2015, en tanto la sociedad Visión Temporal A y B EST S.A.S., fungió como simple intermediario que ocultó su calidad en los términos del artículo 35, numeral 2° del C.S. del T.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el a-quo en el cual dispuso condenar únicamente a Visión Temporal A y B E.S.T., a cancelar la indemnización moratoria contemplada en el Art. 65 del C.S.T., para en su lugar **CONDENAR** al pago de ésta a ING

Ingeniería S.A.S., como empleador de Jhon Fredy García Martínez y solidariamente a la empresa de servicios temporales demandada en voces del Art. 35 del C.S.T.

TERCERO: Declarar impróspero el medio exceptivo de *"ausencia de razón por parte del actor para presentar reclamación en materia laboral"*, y probado el de "*terminación del contrato de trabajo por causas atribuibles al trabajador"*

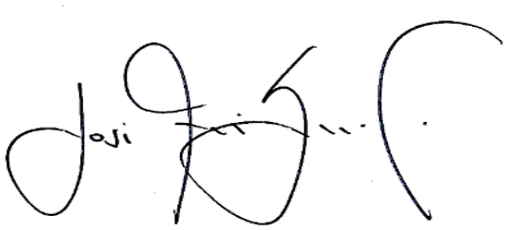
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

QUINTO: COSTAS a cargo de las demandadas ING Ingeniería S.A.S., y Visión Temporal A y B S.A.S., al no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada $490.328,5

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

_____

Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

RAD: 54-001-31-05-001-2018-00077-00

REF: ORDINARIO

DEMANDANTE: YANIT ESTHER PRADO CONTRERAS

DEMANDADO: COLPENSIONES

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por la pasiva Colpensiones, contra la sentencia del 26 de junio de la anualidad que avanza, proferida por el juzgado primero laboral del Circuito de Cúcuta, en el proceso ordinario de la referencia. Así mismo, el grado de consulta en favor de COLPENSIONES.

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVER NARANJO

P.T.No.19015

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

Secretario

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

Treinta y uno (31) de Agosto de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2018-00237-00
RADICADO INTERNO:	18.522
DEMANDANTE:	ROSA ZAPATA
DEMANDADO:	PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora ROSA ZAPATA contra el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2018-00237-00, y Radicación interna Nº 18.522 de este Tribunal Superior, a conocer del recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 20 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y condenar en costas a la parte actora.

1.2. Fundamento de la Decisión.

El juez de primera instancia fundamentó la decisión en los siguientes argumentos:

- El objeto del litigio se enmarca en determinar si la señora ROSA ZAPATA es la única beneficiaria del afiliado fallecido OTONIEL ZAPATA, en su calidad de madre, y establecer si el fondo de pensiones PROTECCIÓN debe devolverle el 100% de los aportes que el fallecido tenía en su cuenta pensional, junto con los bonos pensionales e incrementos legales que haya tenido la cuenta de ahorro individual.

- Obra como prueba el Registro Civil de Nacimiento de OTONIEL ZAPATA, nacido el 22 de marzo de 1964 reportando como madre a la señora ROSA ZAPATA y el registro de defunción por fallecimiento acontecido el 5 de marzo de 2013, quedando demostrada la calidad de beneficiaria del afiliado fallecido. Así mismo, obra la cancelación del documento de identidad por muerte, resumen de cuenta individual de ahorro, declaración extrajuicio de la actora y la reclamación administrativa elevada a la AFP, quien no accedió a la solicitud de pensión de sobreviviente por no acreditar dependencia económica, existiendo solicitud posterior de devolución de saldos sin necesidad de sentencia de sucesión.

- En esta medida, el debate se centra en determinar si para acceder a la devolución de saldos, la señora ROSA ZAPATA debe presentar una sentencia de sucesión que certifique su calidad de única beneficiaria para que el fondo de pensiones pueda hacer la entrega de los dineros de la cuenta del afiliado fallecido; para lo cual se debe tener en cuenta que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece quienes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y los artículos 1040 y 1045 del Código Civil por su parte establece los titulares de la sucesión intestada y el orden hereditario.

- En el presente caso, ante la existencia de un hijo o de una cónyuge o compañera permanente, se excluiría de una vez al padre o madre de acceder a la prestación, por esa razón se estima que le asiste razón al fondo para exigir una sentencia que acredite a la señora ROSA ZAPATA como la única beneficiaria de los bienes dejados al momento de fallecer su hijo OTONIEL ZAPATA.

- Que siendo el proceso de sucesión el adecuado para verificar el cumplimiento del orden sucesoral que reclama le beneficia la madre demandante, no queda otro camino que absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

2. DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte demandante presenta recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando en el proceso quedó demostrado que la señora Rosa Zapata, madre del causante OTONIEL ZAPATA, es la única beneficiaria que reclama los saldos de su hijo fallecido en el fondo de pensiones y el mismo fondo la reconoce como única beneficiaria, siendo viable acceder al reconocimiento, pues así lo establece la sentencia T-523 de 2015 donde se advierte que conforme al artículo 78 de la Ley 100 de 1993, no es necesario ni se requiere sentencia de sucesión para acceder a las devoluciones de saldos.

3. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE**

El apoderado de la demandante expuso que la decisión contradice la realidad fáctica del caso y viola los derechos fundamentales de la señora ZAPATA,

negando las pretensiones de la demanda pese a que la demandada no se opone a las mismas pues aceptó como cierto que la actora es madre del fallecido OTONIEL ZAPATA, quien era soltero y no procreó hijos, de manera que estaba aceptada la existencia de otros beneficiarios, con lo que no era necesario exigir una sentencia de sucesión para entregar los dineros que por ley le pertenecen, dado que esto no se contempla en el artículo 78 de la ley 100 de 1993.

- **PARTE DEMANDADA**

No presentó alegatos.

4. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

5. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente:

¿Determinar si la señora ROSA ZAPATA tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la devolución de saldos causada por el fallecimiento de su hijo OTONIEL ZAPATA, a cargo de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.?

6. CONSIDERACIONES:

En este caso, desde la demanda la señora ROSA ZAPATA solicita la declaratoria de única beneficiaria, en su calidad de madre, del fallecido OTONIEL ZAPATA como cotizante al sistema de seguridad social en pensiones afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. para que le sea reconocida y cancelada la devolución de los saldos existentes en su cuenta individual de ahorro pensional, incluyendo los rendimientos financieros y el valor del bono pensional.

Al respecto, el juez *a quo* concluyó que el proceso de sucesión es el adecuado para establecer si efectivamente la señora ROSA ZAPATA es la persona que debe percibir el valor del saldo de la cuenta de su fallecido hijo, confiriendo razón al alegato de la demandada; conclusión que fue controvertida por el demandante, quien afirma en su apelación que es necesario ni se requiere sentencia de sucesión para acceder a las devoluciones de saldos que pretende la actora, conforme lo establece el artículo 78 de la Ley 100 de 1993 y se puede advertir de sentencias como la T-523 de 2015 de la Corte Constitucional.

Como principales hechos demostrados en el proceso, se determinan los siguientes:

- El señor OTONIEL ZAPATA, nació el 22 de marzo de 1964 según Registro Civil de Nacimiento No. 2153296 expedido el 13 de enero de

1977 por la Notaría Primera del Círculo de Ocaña, registrando como madre a la señora ROSA ZAPATA. (Fol. 8)

- El señor OTONIEL ZAPATA falleció el 5 de marzo de 2013 en La Ciudad de Cúcuta, según Registro Civil de Defunción No. 07448582 (Fol. 10)

- El señor OTONIEL ZAPATA estuvo afiliado en vida como cotizante a la A.F.P. PROTECCIÓN, desde el 1 de abril de 2001 y conforme a extracto del período octubre de 2013, en el año de su fallecimiento dejó un saldo en su cuenta por total de $34.837.642. (Fol. 13)

- La señora ROSA ZAPATA elevó reclamación ante la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. tanto de pensión de sobreviviente como de devolución de saldos, siendo negada su solicitud por estimar la entidad que no demostró su dependencia económica para predicarse como beneficiaria, por lo que debía acudir al proceso sucesoral para su reconocimiento como heredera. (Fol. 18-28

De acuerdo con el problema jurídico puesto a consideración por la Sala es preciso indicar que los artículos del 73 al 78 de la ley 100 de 1993 regulan la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y el artículo 78 establece así la devolución de saldos:

> "*Cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes,* ***se le entregará a sus beneficiarios*** *la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensional si a este hubiera lugar.*"
>
> Frente a quienes son estos beneficiarios, el artículo 74 los consagra y para el caso concreto el literal **D** indica: "*A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este*".

Por otra parte, frente a la idoneidad del proceso de sucesión el artículo 76 se reserva esa posibilidad de la siguiente manera:

> "*En caso de que a la muerte del afiliado o pensionado, no hubiere beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en la cuenta individual de ahorro pensional, harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante. En caso de que no haya causahabientes hasta el quinto orden hereditario, la suma acumulada en la cuenta individual de ahorro pensional se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente Ley*".

Sobre esta normatividad, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL412 de 2019 refiere:

> "(…) *el RAIS establece el reconocimiento de dos tipos de prestaciones en caso de muerte de un afiliado: i) la pensión de sobrevivientes; ii) la devolución de saldos. Si el afiliado fallece sin que se acredite el cumplimiento de los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, sus*

> *beneficiarios tendrán derecho a la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual del causante, computando el valor del bono pensional, si hay lugar; de manera que primero deben escrutarse los requisitos que la ley señala para ostentar la calidad de beneficiario y solo cuando no los hay, la ley dispone su entrega a los «herederos del causante».*
>
> *Al respecto, el marco normativo consagrado en la Ley 100 de 1993 (…)se advierte que en el caso de aquellos afiliados al régimen de ahorro individual que fallezcan sin que se acredite el cumplimiento de los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, sus beneficiarios tendrán derecho a la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual del causante, para lo cual debe necesariamente computarse el valor del bono pensional, si a éste hubo lugar.* ***Cuando la ley establece la entrega de dichos recursos a los «beneficiarios» deberá atenderse lo previsto en el artículo 74 de la misma Ley 100, en cuanto a las condiciones que deben ser acreditadas por parte de quienes pretenden hacer valer tal condición para efectos del reconocimiento de estas prestaciones (pensión de sobrevivientes o devolución de saldos)****."*

De lo anterior se desprende que, la exigencia de una sentencia como consecuencia de un proceso de sucesión intestada solo puede darse en el caso de que no exista ninguna persona que acredite o demuestre los requisitos que le confieran la calidad de beneficiaria en los términos del artículo 74 de la ley 100 de 1993; norma que incluye a los padres del causante, con 2 condicionamientos: a) Que falten cónyuge o compañera permanente e hijos con derechos y b) Que dependan económicamente del hijo fallecido. Por lo que, una vez demostrados estos supuestos de hecho, es innecesario acudir a un proceso de sucesión (testada o intestada) pues estos dineros no pertenecen a la masa sucesoral hasta tanto se descarte la existencia de beneficiarios.

Esta es la misma interpretación que contiene la sentencia T-523 de 2015 de la Corte Constitucional que cita el apoderado apelante, donde la Alta Corte refiere que:

> "(…) *cuando un afiliado del Régimen de Ahorro Individual fallece sin reunir los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, sus "beneficiarios" tendrán derecho a la devolución de saldos contenidos en la cuenta de ahorro individual del causante. En este caso los "beneficiarios" solo deben acreditar los requisitos establecidos, por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, sin necesidad de iniciar un trámite de sucesión.*"

En esa medida, no le asiste razón al juez, cuando concluye que es el proceso de sucesión el adecuado para dirimir si la actora tiene derecho a acceder a la devolución de saldos; pues una vez la demandante ROSA ZAPATA ha afirmado que ostenta la calidad de beneficiaria de que trata el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, debe examinarse si demostró los requisitos contenidos en el literal D, y en caso afirmativo no se hace necesario el proceso de sucesión referido en el artículo 76 de la misma norma.

Para el presente caso, se advierte que a la fecha la única persona que según los registros de la demandada se ha presentado a reclamar derechos como consecuencia del fallecimiento de OTONIEL ZAPATA, es la Señora ROSA ZAPATA en su calidad de madre; no evidenciándose la existencia de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos, solo resta determinar si se acreditó la dependencia económica en su calidad de madre reclamante con el afiliado fallecido.

Respecto de la dependencia económica de los padres para adquirir el derecho a la pensión de sobrevivientes, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL6390 del 13 de abril de 2016, rad. 48.064 y M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, ha indicado que:

> *"Es cierto que a partir de la sentencia C-111/2006 de la Corte Constitucional, la dependencia económica no tiene que ser total y absoluta; lo cual, quiere decir que si bien debe existir una relación de sujeción de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo, tal situación no excluye que aquellos puedan percibir rentas o ingresos adicionales, a condición que estos no sean suficientes para garantizar su independencia económica, es decir, que esas rentas no alcancen a cubrir los costos de su propia vida.*
>
> *Ha estimado la jurisprudencia del trabajo que la carga de la prueba de la dependencia económica corresponde a los padres-demandantes y, al demandado, el deber de desvirtuar esa sujeción material mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas".*

De esta manera es deber del juzgador establecer a través de los medios probatorios, a cuál de las partes asiste razón en su exposición fáctica frente a la existencia o no de un nivel suficiente de dependencia económica para acreditar el requisito que dé lugar a la pensión; en concordancia con el principio procesal donde demanda que toda decisión judicial deba fundarse en las pruebas aportadas y el de la carga de la prueba respecto al deber procesal que tiene cada parte de acreditar los supuestos de hecho que exponen, conforme los artículos 164 y 167 del C.G.P.

Agregado a lo anterior, el artículo 176 de la norma en cita exige que "*Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.*"; de manera que el juez exponga el mérito que se asigna a cada prueba y establezca a través de estas si se cumplen los requisitos para acceder a las pretensiones incoadas.

De las pruebas recaudadas en el proceso respecto de la dependencia económica, se evidencian las siguientes:

- Declaración extrajuicio No. 1848 rendida el 5 de julio de 2013 ante Notaría Cuarta del Círculo de Cúcuta, donde la señora ROSA ZAPATA declara:

> "*Que fui la madre del señor OTONIEL ZAPATA (…) quien falleció el día 4 de marzo de 2013 por muerte violenta, así mismo declaro que él era hjjo natural y que nunca conoció a su padre y al momento de fallecer era soltero y no hizo vida marital, ni procreo ni adoptó hijo alguno, también manifiesto* ***que no dependía de mi hijo****, y al momento de fallecer mis ingresos mensuales eran de SEISCIENTOS VEINTE MIL a SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE*". (Fol. 60)

- Investigación administrativa adelantada por PROTECCIÓN, donde se concluyó que "*La señora se defiende económicamente con los arriendos y con la venta de mercancía, por lo cual no dependía del afiliado, quien al momento del fallecimiento vivía solo en un apartamento"*; como resultado de entrevista realizada a la actora, suscrita por su abogado RICARDO BERMUDEZ, donde se informa que al momento del fallecimiento no vivía con su hijo fallecido; que labora como independiente comerciante con ingresos de $650.000 como resultado de contrato de arrendamiento de 2 habitaciones y ventas de mercancía, así mismo que los gastos de su casa se componen también de $500.000 aportados por su otra hija SURELI MARÍA ZAPATA de 50 años. (Fol. 88-90)

Con estas evidencias resulta suficiente para establecer el incumplimiento del requisito de dependencia que requiere la demandante para su reconocimiento como beneficiaria, pues en sede administrativa la misma negó tanto en una entrevista con acompañamiento de su apoderado judicial como en declaración juramentada ante Notaría, que no dependiera en manera alguna de su hijo OTONIEL ZAPATA.

Si bien afirma desde la demanda que ocasionalmente recibía ayuda económica de este, no se establece en manera precisa que este ingreso sea determinante para su subsistencia, ni la periodicidad en que ocurría y el valor al que alcanzaba. Inclusive, indica en su entrevista que comparte gastos de hogar con su otra hija y que OTONIEL ZAPATA residía solo.

Significa lo anterior, que la parte a quien correspondía acreditar el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación reclama no ejerció adecuadamente su carga de la prueba y ante ello, debe soportar la consecuencia desfavorable correspondiente; para el presente caso, como no se acreditó la dependencia económica de que trata el literal D del artículo 74 de la Ley 100 de 1993 para tener a la madre del causante como beneficiaria de la devolución de saldos, no es posible acceder a las pretensiones por la presente vía judicial y ante ello se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la demandada, pero por las razones anteriormente expuestas.

En todo caso, se advierte que la presente no constituye una denegación de los derechos que puede llegar a reclamar la señora ROSA ZAPATA en la sucesión intestada, que, por vía judicial o notarial, puede adelantarse para reclamar los saldos que, al no existir beneficiarios del señor OTONIEL ZAPATA pasan a conformar su masa sucesoral, por disposición expresa del artículo 76 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la parte actora al ser desfavorable el recurso interpuesto, fijando como agencias en derecho la suma de $200.000 a favor de la demandada PROTECCIÓN S.A.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de fecha 20 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

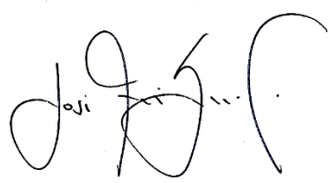
SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de $200.000 a favor de **PROTECCIÓN S.A.**

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES

MAGISTRADA PONENTE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

MAGISTRADO

MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071 , fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 1º de septiembre de 2020.

SECRETARIO

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

Treinta y uno (31) de Agosto de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2013-00344-00
RADICADO INTERNO:	**17.629**
DEMANDANTE:	ELSA REYES DE BUITRAGO Y OTROS
DEMANDADO:	CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ELSA REYES DE BUITRAGO, ANA LUCÍA BRICEÑO, ELSA VICTORIA CRIADO LAZARO, LUIS ARMANDO JAIMES ZAMBRANO, MELBA SOFÍA NIETO, MARÍA NANCY DÍAZ SUÁREZ, LUIS JESÚS CONTRERAS NIÑO, MARTÍN MANOSALVA AMADO, LUIS ALFONSO CONTRERAS ANGARITA, REINALDO ROJAS, EDDY CANTOR DE SOTO, RAMÓN DOLORES VEGA VEGA, ANA AGUSTINA TORRES DE FLÓREZ, ERWIN GUSTAVO FLÓREZ TORRES, DANIEL RODRÍGUEZ, OMAR DARÍO HERNÁNDEZ BAYONA, GUSTAVO RIVERA PÉREZ, HERNANDO DUARTE SILVA, JOSÉ CAMILO ROLÓN CARCAMO, JORGE JESÚS SOLANO MIRANDA, ELDA BEATRIZ VILLAMIZAR VIVAS, ELDA BEATRIZ VILLAMIZAR DE ORTIZ, ISABEL TERESA VILLAMIZAR DE RIVERA, JESÚS ALBERTO ACEVEDO PARRA, LUIS FRANCISCO PEDRAZA LOBO, PABLO ARTURO PÉREZ ANAYA, JAIRO PICON NIÑO, EDUARDO MENDOZA NÚÑEZ, HÉCTOR ANTONIO MANCILLA, WILLIAM DE JESÚS ASAF CARREÑO, GRATINIANO CASANOVA CÁCERES, NERY DEL CARMEN CRIADO, GRACIELA ESTELA GALLO DE VÁSQUEZ, OLGA MARÍA ALARCÓN DE RIVERA, GRACIELA MANCILLA DE URIBE, RAÚL ALBERTO CÁRDENAS RICO, CARLOS ALFONSO ARIAS GELVES, JORGE WILLIAM SERRANO VELANDIA, EUSEBIO JOYA ALFONSO, LUIS ANTONIO CONTRERAS CELIS, OMAR MARINO BECERRA NIÑO, JUAN ANTONIO HERNAN MACIAS OTALORA, EDUARDO VILLAN, GUILLERMO ROSAS CONTRERAS, HERIBERTO JAIMES LEON, LUIS ALBERTO RAMÍREZ JAIMES, MARIO JAIMES LEÓN, ANA ILBA HERRERA SOTO, VÍCTOR MANUEL BUSTOS MOJICA, VIRGILIO MEDINA BECERRA, PEDRO RAMÓN SÁNCHEZ DUGARTE, LUIS ALEJANDRO CÁCERES, FRANKLI ESTEBAN MALDONADO CASTRO, ARMANDO IVAN PALACIOS NAVARRO, JAIME BERNANDO RENTERÍA, JAIRO AUGUSTO GELVEZ BERBESÍ, MARÍA ELIDIA ARÉVALO DE WILCHES, BELISARIO GELVEZ MARTÍNEZ, MERCEDES GARCÍA DE TRIGOS, MIGUEL GREGORIO GARCÍA GUTIÉRREZ, JOSÉ ANTONIO

PEÑALOZA BARRERA, NATANAEL CUADROS PADILLA, PABLO EMILIO CÁCERES RUBIO, ASDRUBAL BARRIOS SÁNCHEZ, RAMIRO GARCÍA VELOZA, LEONIDAS BARRIOS JAIMES, HOLGER OVIDIO CAMARGO VERA, MARÍA BENITA RIVERA, ERMELINA PÉRZ DE RIVERA, FABIO ÁLVAREZ NÚÑEZ, JESÚS AFANADOR SUÁREZ, ROSA MARÍA PINEDA MARROQUÍN, NELSON MÁRQUEZ GARCÍA, OLGA MARÍA GARCÍA TORRES, LUIS CARLOS CASTAÑO SUÁREZ, JULIA BUSTOS DE REY, LUIS EDUARDO ESTEVEZ PULIDO, ABEL GARCÍA , ALBERTO DUARTE SILVA, LUIS ÁNGEL CAMPEROS LINDARTE, JOSÉ FRANCISCO ROMERO MORENO, HELEODORO PEREIRA LINDARTE, ELISEO RODRÍGUEZ ALVAREZ, PEDRO MIGUEL SANTAFE OMAÑA, ALBERTO ANTONIO GUTIÉRREZ, RITA ELIZABETH BONET JAUREGUI, JOSÉ GILBERTO MALDONADO HERNÁNDEZ, RAFAEL SANDOVAL CANDELO, IGNACIO ANTONIO CORREA BEDOYA, BLANCA MURILLO RODRÍGUEZ, RAFAEL DAVID REYES GRAZZIANI, ALIRIO NIÑO ORTIZ, RAMÓN CÁRDENAS ROSAS, MARÍA ELENA RÍOS DE JAIMES, TULIA BALAGUERA DE PABÓN, ALEJANDRINA RIVERA VERA, JESÚS ANTONIO CAMARGO, ISABEL MÁRQUEZ GARCÍA curadora de HENDER LEONEL MÁRQUEZ GARCÍA, ANA VICTORIA RIVERA MANTILLA, VÍCTOR HUGO MENDOZA TORRES, JOSÉ GABRIEL RODRÍGUEZ MORA, ORLANDO GRANADOS GUERRERO, ARTURO NIÑO ROMAN, JOSÉ HUMBERTO FOLIACO GAMBOA, ÁNGEL ALBERTO WILCHES, PABLO EMILIO FERNÁNDEZ CONTRERAS, ÁLVARO ORTIZ RAMÍREZ, PATRICIA ARANDA ACEVEDO, JOSÉ ORIELSON DÍAZ BUENAÑOS, JOSÉ RAFAEL RIVEROS, CAMILO AVENDAÑO CRISTANCHO, GLORIA DEL SOCORRO PIÑA DE LEAL, REINALDO GUTIÉRREZ ROJAS, HELEODORO ZAFRA, JUVENAL LUNA GRIMALDO, RAÚL ALBERTO GUALDRÓN PEÑARANDA, JORGE ENRIQUE GUERRERO BARRAGÁN, CARMEN CECILIA TOLOSA DE PINTO, ANTONIO SANGUINO PORTILLO, LUCY KOGSON BEJARANO, JOSÉ DEL CARMEN GUERRERO BECERRA, MARÍA DEL CARMEN CABALLERO DE PARADA, TEÓFILO LEÓN, LOMBARDO JOSÉ BECERRA ARDILA, DOMINGA RUBIO GÉLVEZ, JOAQUÍN RINCÓN LANDÍNEZ, CECILIA PEÑARANDA IBARRA, GENARO MARTÍNEZ, TEÓFILO EUSEBIO DUQUE GÓMEZ, CARMEN MARY CARRILLO DE JAIMES, ELÍAS GÓMEZ CASTRILLO, JORGE IVÁN MUÑOZ GARCÍA, EDGAR ENRIQUE SOTO PUERTO, HÉCTOR JESÚS SARMIENTO ACERO, AGUSTÍN BAYONA VACA, TARCISIO DE JESÚS OSORIO CASTELLANOS y JOSÉ HUMBERTO URIBE CONTRERAS en contra de CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2013-00344-00, y Radicación Interna Nº **17.629** de este Tribunal Superior, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 5 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

Los demandantes presentaron demanda contra CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A., para que se les reconozca y pagué la diferencia que se derive de la operación matemática tendiente a obtener la indexación de su primera mesada pensional; diferencia cuyo pago a su vez, debe ser indexada a la fecha de la condena y con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamentos fácticos expresan, que son pensionados de La Empresa CENS S.A. E.S.P. por el tiempo en que prestaron sus servicios conforme a

los requisitos exigidos en la convención colectiva del trabajo vigente para cada época; siendo procedente sobre estas pensiones, la indexación de la primera mesada para sopesar la pérdida de su poder adquisitivo.

Que la Corte Constitucional en providencia SU1073 de 2012 reiteró la necesidad de indexar la primera mesada y adicionó que esta operación matemática debe aplicarse a todas las pensiones antes o después de la vigencia de la Constitución, pues no se puede calcular la mesada con un ingreso significativamente menor al percibido años antes de que les fuera reconocida la pensión por los fenómenos inflacionarios y que CENS S.A. E.S.P. no cumplió con esta indexación.

CENS S.A. E.S.P contestó a la demanda oponiéndose a sus pretensiones, por cuanto las pensiones de jubilación de los actores fueron reconocidas conforme a derecho, siendo liquidadas y reconocidas de manera concomitante a la terminación del contrato de trabajo, con los factores devengados en el último año de servicios. Propone como excepciones la INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

La Sala conocerá en Grado Jurisdiccional de Consulta La Sentencia del 5 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, la cual resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a CENS S.A. E.S.P. de la indexación de la primera mesada reclamada por la parte accionante.

SEGUNDO: DECLARAR cosa juzgada respecto de las pretensiones de ALIRIO ALFONSO CONTRERAS ANGARITA.

TERCERO: CONDENAR en costas a los demandantes.

2.2 Fundamento de la decisión

Dentro de sus consideraciones, el juez *a quo* argumentó lo siguiente:

- Que lo reclamado por la totalidad de los demandantes es que se actualice el valor de la primera mesada conforme a los cálculos de indexación correspondientes para que se cancele el resultado de las diferencias a que haya lugar tras aplicar el reajuste, conforme a los preceptos de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia que prevé garantizar la corrección por la pérdida de capacidad adquisitiva, a lo que se opone el empleador advirtiendo que reconoció las pensiones al momento de la terminación conforme a los salarios devengados en el último año de servicios.

- Sobre la exigibilidad de la indexación de primera mesada, explica, que la jurisprudencia ha advertido que se trata de una pretensión que se admite para pensiones extralegales de origen convencionales porque no existe justificación que permita diferenciar el deber de corrección monetaria como sucede con las de origen legal.

- Y que la indexación corresponde a un sistema que ajusta los salarios a la variación automática de los costos de vida y precios del consumidor, a través de las fórmulas correspondientes, para garantizar su capacidad adquisitiva y la figura de la indexación de primera mesada se implementa como una medida que no está precisada en las normas, respecto de los trabajadores que cumplen su tiempo de servicio pero no la edad, para impedir que la pensión resultante sea devaluada frente al valor real que ameritaría al momento del reconocimiento de la pensión y por eso se requiere establecer que exista un período donde se haya afectado el poder adquisitivo.

- En La Sentencia C-862 del 19 de octubre de 2006, se señala, que los trabajadores que cumplieron requisitos de edad y tiempo de servicios mientras trabajaban, no era necesaria la previsión de la indexación de primera mesada, pues su promedio salarial era el resultante del último año de servicio sin que mediara un lapso para perder el poder adquisitivo.

- Y, para el caso de los demandantes, la empresa demandada les reconoció la mesada pensional de manera inmediata y concomitante a su retiro, no existía una mora o deterioro alguno en el poder adquisitivo de la mesada pensional y siempre se les liquidaba el promedio del último año de servicios que resultaba ser el inmediatamente anterior.

- El único caso especial es el de ALIRIO ALFONSO CONTRERAS, cuyo reconocimiento sucedió con años de posterioridad, pero se advierte que fue resultado de una decisión judicial que ya incluía la orden de indexación y por ende existe cosa juzgada respecto de esa situación.

- Concluye, que, en el caso de los actores, se avizora, que no existió diferencia de tiempo entre el reconocimiento y el retiro del trabajador, por lo que no se presenta mora alguna que amerite la indexación de las mesadas pensionales, lo mismo que a quienes se les sustituyó la pensión, por lo que se absolverá a la demandada de las pretensiones incoadas por la parte demandante.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte demandante fundamentó su recurso de apelación de la siguiente manera:

- El recurso de apelación va encaminado a la revocatoria de la integridad de la decisión judicial, incluyendo la declaratoria de cosa juzgada del señor Alirio Alfonso Contreras, y solicita que en la segunda instancia se acceda a las pretensiones, con la orden de pago del retroactivo, con los intereses de mora.

- El concepto de la indexación de la primera mesada no es nuevo en el ordenamiento jurídico, pues puede encontrarse en la Ley 10 de 1972, Ley 4 de 1976, Ley 71 de 1988 y lo que busca es repeler la pérdida de poder adquisitivo de la primera mesada. Afirma, que, oído el fallo de primera instancia, se tiene que al resolver las pretensiones de la totalidad de los demandantes se hace un análisis basándose en el concepto o la parte general de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, partiendo del concepto básico sobre que debe mediar un tiempo entre el otorgamiento de la pensión y el retiro del servicio.

• Desde la demanda no hubo referencia alguna a que entre el otorgamiento y el retiro pasara tiempo alguno; sino que con cálculos pormenorizados se verificara en la pensión reconocida a cada demandante, sobre el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios (12 meses) descritos en el artículo 34 de la CCT, es donde cambia el análisis del problema jurídico, pues inclusive los testigos se contradicen al establecer cuál era la base salarial efectivamente promediada y donde radica la necesidad de acceder a las pretensiones, pues los factores salariales tomados en cuenta provienen del año anterior y conllevan a una desvalorización del IBL.

• Las pretensiones no se pueden deslegitimar por el mero hecho del retiro concomitante, pues debe establecerse que el IBL, base de la prestación, no se vea afectado por la deflación y así lo plantea la jurisprudencia en cita, que no se afecte el poder adquisitivo de la primera mesada como resultado de introducir a la base salarial factores devengados en el año anterior y que CENS no actualizó al año siguiente.

• Afirma, que la indexación se ha venido desbordando por parte de las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y cuyo criterio ya no se ajusta a la decisión de primera instancia, como la SU415 de 2015 donde se insiste que existe derecho a la indexación del salario base para todas las pensiones, inclusive anteriores a 1991, y se repite en SU542 de 2016, SU637 de 2016 donde señala que la indexación de la primera mesada pensional no discrimina sobre si es causada antes de la Constitución Política y que va dirigida como instrumento para repeler la pérdida de poder adquisitivo del ingreso por el que se calcula la pensión.

• Y que estas decisiones se pueden interpretar de diversas formas, pues desde el momento en que se calculan promedios salariales devengados en el año anterior y que no son actualizados para introducirlos al promedio de lo devengado, generan una pérdida del poder adquisitivo que se agrava cuando resulta dividido a su vez en 12 meses.

• Que no hubo un análisis de las declaraciones testimoniales ni de las liquidaciones aportadas donde se discrimina el valor de la pretensión, e inclusive tratándose de un debate matemático de casi 150 actores donde se ameritaba la realización de un cálculo por cada sujeto y con asistencia de un profesional en la materia, se diluye en argumentos generalizados que no se ajustan a las necesidades del caso concreto, pues para dilucidar la prosperidad de las pretensiones debía realizarse la respectiva operación matemática.

• Se incurrió en un error susceptible de casación, debido a que desde la demanda no se reclama sobre el tiempo transcurrido entre el retiro y la pensión, sino que se debe revisar el promedio que fue base de la liquidación; siendo este un aspecto o teoría que resulta nuevo y debe ser analizado, y de omitirlo nunca se llegarían a nuevos criterios jurisprudenciales. Por ejemplo, en La Sentencia T-953 de 2013 la Corte Constitucional insiste en revisar si la prestación reconocida mantuvo su capacidad adquisitiva pues inclusive la tasa de reemplazo afecta esta situación y procede a concluir que existe diferencia frente a los salarios mínimos que representaba al ser adquirida frente a la vigente.

• Frente al señor ALIRIO ALFONSO CONTRERAS, no puede hablarse de cosa juzgada sin que en el proceso se demostrara de manera concreta el

contenido de la providencia a comparar y máxime al establecer la Corte Suprema de Justicia que debe diferenciarse la indexación de las mesadas causadas frente a la de primera mesada.

4. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado de la parte actora expresó que la Indexación de la primera mesada es un tema histórico en el país, que busca repeler la pérdida de poder adquisitivo por los fenómenos inflacionarios y que se aplica en las relaciones laborales para evitar que el ingreso se deprecie con el paso del tiempo; siendo aplicado a todas las pensiones reconocidas sin distinguir origen o época de reconocimiento, insistiendo las altas cortes en que se debe efectuar la operación matemática sobre el ingreso base de liquidación para evitar la pérdida del poder adquisitivo y ha sido reconocido legalmente desde la Ley 10 de 1972 hasta la Ley 100 de 1993. Que inclusive se ha indicado que debe ser garantizado a las pensiones adquiridas con anterioridad a la Constitución de 1991, por interpretación jurisprudencial tanto de la Sala de Casación Laboral como de la Corte Constitucional.

Que al analizar estas pretensiones, la Corte Constitucional ha dispuesto el reconocimiento al evidenciar la afectación del fenómeno inflacionario e identificado que no aplicarlo incurre en causal específica de procedencia de la acción contra providencia judicial, pues se está desconociendo un postulado constitucional que se deriva de los artículos 48 y 53 de la Constitución, ordenando en esos casos que se reconociera la indexación y se dispusiera el pago del retroactivo correspondiente, garantizándose la estabilidad financiera con la aplicación de la prescripción de las mesadas no reclamadas oportunamente pero no del derecho íntegro. Cita como ejemplo, la sentencia T-953 de 2013 donde la Corte al cuantificar las pensiones en salarios mínimos desde el otorgamiento a la actualidad, evidencia la pérdida de capacidad adquisitiva a partir de los factores salariales del año anterior y el promedio resultante
.
Que en el caso concreto aunque las pensiones reconocidas se dieron respetando los parámetros convencionales, el promedio salarial usado para calcular la primera mesada no se garantizó el reajuste salarial correspondiente y con ello el ingreso base de liquidación sufrió la depreciación de los meses y año anterior, pese a que el artículo 34 convencional dispone que se hará de la manera más favorable al trabajador. Pero al ser revisado el cálculo realizado se evidencia que los factores incluidos no fueron actualizados al año siguiente, siendo afectados por una depreciación que incluye en la primera mesada, de manera que la demandada no garantizó sus deberes convencionalmente pactados pues desconoció el ajuste anual del IPC que tiene como fin evitar la pérdida de poder adquisitivo.

Finalmente, solicita que se revise debidamente el caso del señor ALIRIO ALFONSO CONTRERAS ANGARITA, a quien se le reconoció la pensión en 2005 pese a dejar de trabajar en 1991 pero por orden judicial y sin indexar

el ingreso base de liquidación, lo cual no fue reconocido judicialmente y por ende debe proceder a verificarse la procedencia de esta garantía.

- **PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de la empresa demandada manifestó que a los demandantes se reconoció una pensión extralegal, que en principio mejora las condiciones mínimas legales al flexibilizar sus requisitos, garantizando el poder adquisitivo de las pensiones y aunque se admite la actualización de la base salarial de pensiones, esta indexación no altera el acto inicial de reconocimiento porque se corresponde con el valor de la misma época en que se retira, pues promedia precisamente el último año de servicios, sin que haya existido mora o deterioro alguno de su poder adquisitivo.

Resalta que aquellas demandantes que son sustitutas pensionales de un trabajador fallecido, se garantizó la debida liquidación de la mesada que percibían sus respectivos beneficiarios iniciales; siendo en todos los casos liquidadas las pensiones conforme a derecho, garantizando el valor real de los salarios y sin que transcurriera lapso entre la terminación del contrato y el reconocimiento pensional.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. PROBLEMA JURIDICO POR RESOLVER

El problema jurídico para dirimir la controversia sometida a consideración es el siguiente: ¿Resulta procedente ordenar a CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER la indexación de la primera mesada pensional que reclaman los demandantes como pensionados extralegales de la empresa?

7. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si están llamadas a prosperar o no las pretensiones propuestas por ciento treinta y siete extrabajadores pensionados de CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., destinadas a reclamar la indexación de la primera mesada pensional, solicitando el pago de las diferencias causadas desde el reconocimiento de su derecho pensional, hasta la fecha; garantizándoles así, la pérdida del poder adquisitivo de su salario.

El juez a *quo*, resolvió negar las pretensiones por encontrar que la empresa demandada les reconoció a los demandantes la mesada pensional de manera inmediata y concomitante a su retiro, no existiendo una mora o deterioro alguno en el poder adquisitivo de la mesada pensional, pues siempre se les liquidaba con el promedio del último año de servicios que resultaba ser el inmediatamente anterior, resaltando que en el caso de ALIRIO ALONSO CONTRERAS existe cosa juzgada.

El apoderado de los demandantes se opone a las conclusiones del juzgador de instancia, argumentando que no se resolvió adecuadamente la pretensión

invocada, partiendo de la naturaleza del sistema de indexación se está reclamando que los factores salariales que conformaron el promedio salarial no fueron actualizados hasta la fecha de retiro y con ello, se generó un detrimento patrimonial que debe ser restaurado; lo cual, afirma, se interpreta de las diferentes decisiones que la Corte Constitucional, ha expedido en materia de indexación de la primera mesada y la única manera de verificar esta situación es realizando un análisis pormenorizado de los factores salariales de cada pensionado para certificar que no proceden las pretensiones.

Con el fin de verificar si efectivamente se abordó de manera equivocada el objeto del litigio, se recuerda que el principio de congruencia derivado del artículo 278 del C.G.P., establece que son sentencias "(…) *las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien"*; y los artículos 280 y 281 del C.G.P. establecen que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos y las excepciones que hubieren sido alegadas, y su motivación debe limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones.

Respecto a este principio, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL638 de 2020 señala que:

> "(…) *es el promotor del proceso quien marca el thema decidendum, por virtud de que el principio dispositivo del derecho procesal, en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, está gobernado por la regla que impone al interesado en la resolución de un conflicto jurídico de esta naturaleza, el deber de precisar al incoar el proceso, el tema de decisión y establecer los hechos en que funda su pretensión (…) la errada o falta apreciación de la pieza procesal de la demanda inicial, puede generar un error de hecho con el carácter de manifiesto que genere la vulneración del principio en comento*".

En el caso de los demandantes, el juez de instancia no se equivocó en el planteamiento del problema jurídico y la manera de resolverlo; debido a que, de los hechos y pretensiones de la demanda se establece claramente que lo pretendido es la indexación de la primera mesada y no se deriva en manera alguna, a los señalamientos que realiza el apoderado en su recurso de apelación, que es a partir de la actualización de todo lo devengado en el último año de servicio y que sirvió de base para la liquidación del promedio salarial. Nótese como en los hechos se hace énfasis en el cambio jurisprudencial sobre las pensiones reconocidas antes de la Constitución de 1991 y las pretensiones se limitan a reclamar el fenómeno de indexación de primera mesada, sin que se permita inferir, que el objeto del litigio se extendía más allá del concepto básico de este derecho derivado de la garantía del mínimo vital.

De todos modos, su inconformidad no está llamada a prosperar en consideración, a que La Sala de Casación Laboral de la C.S.J., sobre la necesidad de actualizar todos y cada uno de los componentes salariales del promedio base de liquidación, en providencia SL1145 de 2020 al preguntarse si:

> "(…) *es viable actualizar los salarios utilizados para establecer el ingreso base de liquidación de una pensión que se reconoce a partir del día siguiente de la terminación de la relación laboral*" responde que desde tiempo atrás ha precisado que "*ello es improcedente en tales eventos, bajo el entendido que en esas circunstancias el IBC no sufre la pérdida del poder adquisitivo, por cuanto no discurre tiempo entre la terminación del vínculo y el disfrute de la prestación*".

Por ello, entrar a resolver el litigio bajo la inconformidad que plantea el apoderado judicial en el recurso de apelación; contraria el principio de congruencia debido a que la parte demandante desde la demanda solicitó la indexación de la primera mesada pensional, y la jurisprudencia ha determinado su improcedencia. Razón por la cual, se examinará si hay lugar o no a la indexación de la primera mesada de la pensión de jubilación extralegal reconocida a los demandantes por parte de su empleador.

Por lo anterior, hace necesario recordar que 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".*[1]

En esa medida, 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 y de allí que sea 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 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.

Al respecto, 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.

Por su parte, 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,

---

[1] JIMÉNEZ DÍAZ, loc. cit., p. 25.

sostuvo que no resultaba procedente la actualización del salario base de liquidación de pensiones convencionales.

Posteriormente, 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 SL736 del 16 de octubre de 2013, radicado No. 47709 modificó el otro criterio que hasta el momento había sostenido sobre la improcedencia de indexación a pensiones anteriores a la Constitución, 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 C-891A de 2006, SU-1073 de 2012, y SU-415 de 2015.

Para proceder con esta actividad, se tiene que 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:

$$VA = VH\ x\ \frac{IPC\ Final}{IPC\ Inicial}$$

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 fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Dentro del presente trámite, respecto de cada uno de los demandantes se demostró lo siguiente:

No.	Demandante	Acto reconocimiento	Fecha retiro	Fecha efectividad
1	ELSA REYES DE BUITRAGO sustituta de OSCAR ANTONIO BUITRAGO	Oscar: Resolución No. 448 del 31 de octubre de 1985 modificada por resolución 425 del 15 de noviembre de 1996 (Fol. 422-429 Anexo 2) Elsa: Decisión empresarial No. 015 del 12 de	16 de octubre de 1985	16 de octubre de 1985

		marzo de 2012 (Fol. 427-428 Anexo 2)		
2	ANA LUCÍA BRICEÑO sustituta de RUBEN DARÍO VILLAMIZAR	Ruben: Resolución No. 036 del 18 de octubre de 1988 (Fol. 824-825 Anexo 3) Ana: Decisión empresarial No. 001 del 4 de enero de 2010 (Fol. 826-827 anexo 3)	18 de octubre de 1983	18 de octubre de 1983
3	ELSA VICTORIA CRIADO LAZARO sustituta de ALONSO PEÑALOZA ESTUPIÑAN	Alonso: Resolución No. 601 del 29 de noviembre de 1984 (Fol. 815-816 Anexo 3) Elsa: Resolución No. 1203 del 14 de noviembre de 1991 modificada por resolución No. 276 del 15 de abril de 1993 (Fol. 817-823 Anexo 3)	19 de noviembre de 1984	19 de noviembre de 1984
4	LUIS ARMANDO JAIMES ZAMBRANO	Resolución No. 460 del 2 de diciembre de 1996 modificada por Decisión empresarial No. 048 del 7 de mayo de 2008 (Fol. 837-843 Anexo 3)	28 de noviembre de 1996	29 de noviembre de 1996
5	MELBA SOFÍA NIETO sustituta de JESÚS ANTONIO CONTRERAS RICO	Jesús: Resolución No. 074 del 17 de febrero de 1987 (Fol. 812-814 Anexo 3) Melba: Resolución No. 530 del 21 de julio de 1992 (Fol. 809-811 Anexo 3)	30 de diciembre de 1986	30 de diciembre de 1986
6	MARÍA NANCY DÍAZ SUÁREZ sustituta de ELIÉCER RAMÍREZ GARCÍA	ELIÉCER: Resolución No. 498 del 24 de junio de 1993 (Fol. 196-199	30 de mayo de 1993	31 de mayo de 1993

		Cuad. 1) modificada por Decisión empresarial No. 061 del 18 de junio de 2008 (Fol. 169-171 Anexo 6) Ma. Nancy: Decisión empresarial No. 070 del 16 de junio de 2009 (Fol. 164-167 Anexo 6)		
7	LUIS JESÚS CONTRERAS NIÑO	Resolución No. 471 del 13 de diciembre de 1996 (Fol. 828-830 Anexo 3)	28 de noviembre de 1996	29 de noviembre de 1996
8	MARTÍN MANOSALVA AMADO	Resolución No. 625 del 28 de diciembre de 1984 (Fol. 263-265) modificada por Resolución No. 1028 del 19 de septiembre de 1991 (Fol. 270-272)	4 de diciembre de 1984	4 de diciembre de 1984
9	ALIRIO ALFONSO CONTRERAS ANGARITA	Decisión empresarial No. 052 del 20 de septiembre de 2005 modificada por decisión empresarial No. 053 del 29 de abril de 2009 (Fol. 831-836 Anexo 3)	11 de abril de 1991	25 de diciembre de 2002
10	REINALDO ROJAS	Resolución No. 020 del 26 de noviembre de 1982 (Fol. 1028-1029 Anexo 4) modificado por resolución No. 339 del 23 de marzo de 1994 (Fol. 1030-1032 Anexo 4)	24 de noviembre de 1982	24 de noviembre de 1982

11	EDDY CANTOR DE SOTO sustituta de MANUEL GUILLERMO SOTO VILLAMIZAR	Manuel: Resolución No. 008 del 7 de marzo de 1980 (Fol. 783-784 Anexo 3) Eddy: Resolución No. 252 del 11 de marzo de 1990 modificada por Resolución No. 680 del 1 de septiembre de 1992 (Fol. 777-782 Anexo 3)	6 de marzo de 1980	7 de marzo de 1980
12	RAMÓN DOLORES VEGA VEGA	Resolución No. 496 del 29 de noviembre de 1985 modificada por resolución No. 054 del 21 de julio de 1998 (Fol. 896-899 Anexo 4)	19 de noviembre de 1985	19 de noviembre de 1985
13	ANA AGUSTINA TORRES DE FLÓREZ sustituta de LUIS ALFREDO FLÓREZ CÁCERES	Luis: Resolución No. 475 del 20 de septiembre de 1984 modificada por Resolución No. 381 del 18 de octubre de 1996 (Fol. 804-807 Anexo 3) Ana: Decisión empresarial No. 007 del 11 de febrero de 2011 (Fol. 801-803 Anexo 3)	17 de septiembre de 1984	17 de septiembre de 1984
14	ERWIN GUSTAVO FLÓREZ TORRES	Decisión empresarial No. 146 del 4 de diciembre de 2009 (Fol. 760-761 Anexo 3)	29 de noviembre de 2009	30 de noviembre de 2009
15	DANIEL RODRÍGUEZ	Decisión empresarial No. 126 del 20 de noviembre de 2007 (Fol. 762-765 Anexo 3)	30 de octubre de 2007	30 de octubre de 2007

16	OMAR DARÍO HERNÁNDEZ BAYONA	Resolución No. 531 del 27 de diciembre de 1985 (Fol. 665-666 Anexo 3)	30 de diciembre de 1985	30 de diciembre de 1985
17	GUSTAVO RIVERA PÉREZ	Decisión empresarial No. 135 del 19 de diciembre de 2006 (Fol. 356-359 Anexo 2)	29 de noviembre de 2006	30 de noviembre de 2006
18	HERNANDO DUARTE SILVA	Resolución No. 0025 del 16 de diciembre de 1980 (Fol. 752-753 Anexo 3)	15 de diciembre de 1980	16 de diciembre de 1980
19	JOSÉ CAMILO ROLÓN CARCAMO	Resolución No. 1107 del 12 de julio de 1995 (Fol. 254-256 Cuad. 1)	24 de junio de 1995	25 de junio de 1995
20	JORGE JESÚS SOLANO MIRANDA	Resolución No. 065 del 9 de noviembre de 1999 modificada por decisión empresarial No. 025 del 16 de febrero de 2009 (Fol. 754-759 Anexo 3)	18 de octubre de 1999	18 de octubre de 1999
21	ELDA BEATRIZ VILLAMIZAR VIVAS	Resolución No. 401 del 12 de noviembre de 1996 (Fol. 307-309 Anexo 2) modificada por decisión empresarial No. 025 de 2 de abril de 2012 (Fol. 310-312 Anexo 2)	31 de octubre de 1996	1 de noviembre de 1996
22	CARMEN BEATRIZ VILLAMIZAR DE ORTIZ sustituta de EFIGENIO ORTIZ	Efigenio: Resolución No. 027 del 27 de diciembre de 1982 (Fol. 679-680 Anexo 3) Carmen: Decisión empresarial No. 142 del 3 de diciembre de 2009	26 de diciembre de 1982	27 de diciembre de 1982

		(Fol. 681-683 Anexo 3)		
23	ISABEL TERESA VILLAMIZAR DE RIVERA sustituta de JOSÉ ORLANDO RIVERA URIBE	José: Resolución No. 020 del 1 de julio de 1995 modificada por Decisión empresarial No. 031 del 3 de abril de 2008 (Fol. 321-327 Anexo 2) Isabel: Decisión empresarial No. 030 del 3 de marzo de 2009 (Fol. 327-330 Anexo 2)	30 de junio de 1994	1 de julio de 1994
24	JESÚS ALBERTO ACEVEDO PARRA	Decisión gerencial No. 017 del 11 de julio de 2001 modificada por decisión empresarial No. 053 del 12 de julio de 2011 (Fol. 667-673 Anexo 3)	19 de junio de 2001	20 de junio de 2001
25	LUIS FRANCISCO PEDRAZA LOBO	Resolución No. 282 del 15 de mayo de 1989 modificada por decisión empresarial No. 048 del 29 de abril de 2009 (Fol. 674-678 Anexo 3)	30 de abril de 1989	1 de mayo de 1989
26	PABLO ARTURO PÉREZ ANAYA	Resolución No. 890 del 13 de noviembre de 1992 modificada por decisión empresarial No. 036 del 7 de mayo de 2008 (Fol. 849-854 Anexo 4)	30 de octubre de 1992	31 de octubre de 1992
27	JAIRO PICON NIÑO	Decisión empresarial No. 100 del 17 de diciembre de 2003 (Fol. 844-848 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003

28	EDUARDO MENDOZA NÚÑEZ	Decisión gerencial No. 024 del 6 de mayo de 2004 (Fol. 660-664 Anexo 3)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
29	HÉCTOR ANTONIO MANCILLA	Decisión empresarial No. 138 del 14 de diciembre de 2007 (Fol. 855-858 Anexo 4)	30 de noviembre de 2007	30 de noviembre de 2007
30	WILLIAM DE JESÚS ASAF CARREÑO	Decisión empresarial No. 048 del 6 de agosto de 2004 (Fol. 859-863 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
31	GRATINIANO CASANOVA CÁCERES	Resolución No. 268 del 29 de abril de 1988 modificado por Decisión empresarial No. 016 del 14 de marzo de 2012 (Fol. 864-869 Anexo 4)	16 de marzo de 1988	17 de marzo de 1988
32	NERY DEL CARMEN CRIADO sustituta de ANTONIO MARÍA CARRILLO DURÁN	Antonio: Resolución No. 021 del 17 de enero de 1989 (Fol. 870-872 Anexo 4) Nery: Resolución No. 887 del 15 de julio de 1994 (Fol. 873-876 Anexo 4)	19 de diciembre de 1988	19 de diciembre de 1988
33	GRACIELA ESTELA GALLO DE VÁSQUEZ sustituta de ALFREDO VÁSQUEZ MUÑOZ	Alfredo: Resolución No. 550 del 21 de mayo de 1991 (Fol. 349-351 Anexo 2) Graciela: Decisión empresarial No. 032 del 11 de abril de 2008 (Fol. 352-355 Anexo 2)	30 de abril de 1991	1 de mayo de 1991
34	OLGA MARÍA ALARCÓN DE RIVERA sustituta	Jacobo: Resolución No. 097 del 19 de	19 de diciembre de 1983	19 de diciembre de 1983

	de JACOBO RIVERA JAIMES	diciembre de 1983 modificada por Resolución No. 118 del 25 de enero de 1994 (Fol. 877-881 Anexo 4) Olga: Decisión gerencial No. 002 del 17 de enero de 2002 (Fol. 882-884 Anexo 4)		
35	GRACIELA MANCILLA DE URIBE sustituta de LUIS ANTONIO URIBE	Luis: Resolución No. 028 del 27 de diciembre de 1982 (Fol. 256-257 Anexo 1) Graciela: Resolución No. 354 del 17 de abril de 1990. (Fol. 259-261 Anexo 1)	26 de diciembre de 1982	27 de diciembre de 1982
36	RAÚL ALBERTO CÁRDENAS RICO	Decisión empresarial No. 129 del 20 de noviembre de 2007 (Fol. 741-744 Anexo 3)	1 de noviembre de 2007	1 de noviembre de 2007
37	CARLOS ALFONSO ARIAS GELVES	Decisión empresarial No. 140 del 14 de diciembre de 2007 (Fol. 745-748 Anexo 3)	30 de noviembre de 2007	30 de noviembre de 2007
38	JORGE WILLIAM SERRANO VELANDIA	Decisión empresarial No. 044 del 17 de junio de 2010 (Fol. 739-740 Anexo 3)	31 de mayo de 2010	1 de junio de 2010
39	EUSEBIO JOYA ALFONSO	Decisión empresarial No. 080 del 21 de agosto de 2007 (Fol. 684-687 Anexo 3)	5 de agosto de 2007	6 de agosto de 2007
40	LUIS ANTONIO CONTRERAS CELIS	Decisión gerencial No. 021 del 13 de diciembre de 2002	30 de noviembre de 2002	28 de noviembre de 2002

		(Fol. 592-595 Anexo 3)		
41	OMAR MARINO BECERRA NIÑO	Resolución No. 083 del 25 de noviembre de 1998 (Fol. 749-751 Anexo 3)	2 de noviembre de 1998	3 de noviembre de 1998
42	JUAN ANTONIO HERNAN MACIAS OTALORA	Decisión empresarial No. 019 del 15 de abril de 2004 (Fol. 581-585 Anexo 3)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
43	EDUARDO VILLAN	Decisión empresarial No. 074 del 30 de noviembre de 2004 (Fol. 571-575 Anexo 3)	1 de noviembre de 2004	2 de noviembre de 2004
44	GUILLERMO ROSAS CONTRERAS	Resolución No. 802 del 17 de julio de 1991 modificada por resolución No. 438 del 19 de abril de 1994 (Fol. 586-591 Anexo 3)	30 de junio de 1991	1 de julio de 1991
45	HERIBERTO JAIMES LEON	Decisión empresarial No. 034 del 18 de mayo de 2010 (Fol. 602-603)	7 de mayo de 2010	8 de mayo de 2010
46	LUIS ALBERTO RAMÍREZ JAIMES	Resolución No. 152 del 19 de junio de 1997 modificada por decisión empresarial No. 057 del 29 de mayo de 2008 (Fol. 596-601 Anexo 3)	10 de junio de 1997	10 de junio de 1997
47	MARIO JAIMES LEÓN	Decisión empresarial No. 049 del 6 de agosto de 2004 (Fol. 627-631)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
48	ANA ILBA HERRERA SOTO sustituta de FRANCISCO ANTONIO HERRERA CHONA	Francisco: Resolución No. 0045 del 12 de agosto de 1974 (Fol. 612-613 Anexo 3)	31 de julio de 1974	1 de agosto de 1974

		Ana: Decisión empresarial No. 034 del 6 de marzo de 2009 (Fol. 616-617 Anexo 3)		
49	VÍCTOR MANUEL BUSTOS MOJICA	Resolución No. 244 del 31 de marzo de 1993 modificada por resolución No. 437 del 19 de abril de 1994 y decisión empresarial No. 058 del 29 de mayo de 2008 (Fol. 604-611 Anexo 3)	8 de marzo de 1993	1 de abril de 1993
50	VIRGILIO MEDINA BECERRA	Decisión empresarial No. 006 del 20 de enero de 2010 (Fol. 632-633 Anexo 3)	19 de enero de 2010	20 de enero de 2010
51	PEDRO RAMÓN SÁNCHEZ DUGARTE	Decisión empresarial No. 112 del 19 de octubre de 2007 (Fol. 618-621)	1 de octubre de 2007	2 de octubre de 2007
52	LUIS ALEJANDRO CÁCERES	Decisión empresarial No. 092 del 12 de diciembre de 2003 (Fol. 622-626 Anexo 3)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
53	FRANKLI ESTEBAN MALDONADO CASTRO	Decisión empresarial No. 003 del 31 de enero de 2005 (Fol. 648-651)	29 de noviembre de 2004	30 de noviembre de 2004
54	ARMANDO IVAN PALACIOS NAVARRO	Decisión empresarial No. 130 del 19 de diciembre de 2006 (Fol. 652-655 Anexo 3)	30 de noviembre de 2006	1 de diciembre de 2006
55	JAIME BERNANDO RENTERÍA	Resolución No. 082 del 23 de enero de 1995 (Fol. 639-642 Anexo 3)	25 de diciembre de 1994	26 de diciembre de 1994

56	JAIRO AUGUSTO GELVEZ BERBESÍ	Decisión empresarial No. 003 del 20 de enero de 2004 (Fol. 656-659 Anexo 3)	30 de noviembre de 2003	1 de diciembre de 2003
57	MARÍA ELIDIA ARÉVALO DE WILCHES sustituta de JOSÉ JUAN WILCHES	José: Resolución No. 0018 del 18 de diciembre de 1979 (Fol. 643-644 Anexo 3) María: Decisión gerencial No. 010 del 17 de mayo de 2000 (Fol 645-647 Anexo 3)	18 de diciembre de 1979	18 de diciembre de 1979
58	BELISARIO GELVEZ MARTÍNEZ	Decisión empresarial No. 010 del 23 de febrero de 2004 (Fol. 634-638 Anexo 3)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
59	MERCEDES GARCÍA DE TRIGOS sustitua de FRANCISCO ANTONIO TRIGOS FRANCO	Francisco: Resolución No. 0035 del 3 de diciembre de 1973 (Fol. 385-387 Anexo 2) Mercedes: Decisión gerencial No. 013 del 10 de mayo de 2001 (Fol. 381-384 Anexo 2)	30 de noviembre de 1973	1 de diciembre de 1973
60	MIGUEL GREGORIO GARCÍA GUTIÉRREZ	Decisión empresarial No. 028 del 22 de junio de 2005 (Fol. 336-339 Anexo 2)	6 de junio de 2005	7 de junio de 2005
61	JOSÉ ANTONIO PEÑALOZA BARRERA	Decisión empresarial No. 079 del 25 de noviembre de 2003 (Fol. 331-335 Anexo 2)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
62	NATANAEL CUADROS PADILLA	Decisión empresarial No. 134 del 19 de diciembre de 2006	3 de diciembre de 2006	4 de diciembre de 2006

		(Fol. 372-375 Anexo 2)		
63	PABLO EMILIO CÁCERES RUBIO	Decisión empresarial No. 095 del 16 de diciembre de 2003 (Fol. 376-380 Anexo 2)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
64	ASDRUBAL BARRIOS SÁNCHEZ	Decisión empresarial No. 057 del 22 de septiembre de 2003 (Fol. 365-368 Anexo 2)	14 de septiembre de 2003	15 de septiembre de 2003
65	RAMIRO GARCÍA VELOZA	Resolución No. 108 del 21 de enero de 1994 modificada por Decisión empresarial No. 046 del 30 de agosto de 2005 (Fol. 360-364 Anexo 2)	29 de diciembre de 1993	30 de diciembre de 1993
66	LEONIDAS BARRIOS JAIMES	Decisión gerencial No. 021 del 15 de noviembre de 2000 (Fol. 369-371 Anexo 2)	24 de octubre de 2000	24 de octubre de 2000
67	HOLGER OVIDIO CAMARGO VERA	Decisión empresarial No. 079 del 21 de agosto de 2007 (Fol. 399-402 Anexo 2)	14 de agosto de 2007	15 de agosto de 2007
68	MARÍA BENITA RIVERA sustituta de JOSÉ ELEAZAR PÉREZ	José: Resolución No. 0025 del 2 de junio de 1976 (Fol. 403-404 Anexo 2) Ma. Benita: Decisión empresarial No. 21 del 20 de mayo de 2005 (Fol. 405-409 Anexo 2)	31 de mayo de 1976	1 de junio de 1976
69	ERMELINA PÉRZ DE RIVERA sustituta de GUSTAVO RIVERA	Gustavo: Resolución No. 0025 del 14 de noviembre de 1977 (Fol. 430-431 Anexo 2)	13 de noviembre de 1977	14 de noviembre de 1977

		Ermelina: Resolución No. 057 del 16 de septiembre de 1999 (Fol. 432-434 Anexo 2)		
70	FABIO ÁLVAREZ NÚÑEZ	Resolución No. 901 del 18 de julio de 1994 modificado por resolución 1370 del 28 de septiembre de 1994 y decisión empresarial No. 091 del 10 de septiembre de 2007 (Fol. 726-782 Anexo 3)	10 de julio de 1994	11 de julio de 1994
71	JESÚS AFANADOR SUÁREZ	Decisión empresarial No. 052 del 13 de junio de 2006 (Fol. 388-391 Anexo 2)	31 de mayo de 2006	1 de junio de 2006
72	ROSA MARÍA PINEDA MARROQUÍN sustituta de ANGEL MARÍA SILVA	Angel: Resolución No. 0032 del 1 de junio de 1973 (Fol. 737-738 Anexo 3) Rosa: Decisión gerencial No. 015 del 12 de agosto de 2002 (Fol. 733-736 Anexo 3)	31 de mayo de 1973	1 de junio de 1973
73	NELSON MÁRQUEZ GARCÍA	Resolución No. 059 del 1 de octubre de 2009 (Fol. 396-398)	31 de agosto de 1999	1 de septiembre de 1999
74	OLGA MARINA GARCÍA TORRES	Decisión gerencial No. 029 del 17 de diciembre de 2001 (Fol. 392-395 Anexo 2)	25 de noviembre de 2001	26 de noviembre de 2001
75	LUIS CARLOS CASTAÑO SUÁREZ	Decisión empresarial No. 104 del 18 de diciembre de 2003 (Fol. 410-413 Anexo 2)	27 de noviembre de 2003	28 de noviembre de 2003

76	JULIA BUSTOS DE REY sustituta de FLORENCIO REY BETANCOURT	Florencio: Resolución No. 0024 del 2 de noviembre de 1977 (Fol. 688-689 Anexo 3) Julia: Decisión gerencial No. 005 del 13 de marzo de 2000 (Fol. 690-691 Anexo 3)	31 de octubre de 1977	1 de noviembre de 1977
77	LUIS EDUARDO ESTEVEZ PULIDO	Decisión empresarial No. 083 del 10 de diciembre de 2003 (Fol. 344-349 Anexo 2)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
78	ABEL GARCÍA	Resolución No. 800 del 17 de julio de 1991 (Fol. 419-421 Anexo 2)	30 de junio de 1991	1 de julio de 1991
79	ALBERTO DUARTE SILVA	Resolución No. 007 del 3 de marzo de 1980 modificada por Decisión empresarial No. 074 del 13 de diciembre de 2005 (Fol. 340-343 Anexo 2)	2 de marzo de 1980	3 de marzo de 1980
80	LUIS ÁNGEL CAMPEROS LINDARTE	Decisión gerencial No. 018 del 9 de octubre de 2000 modificada por decisión empresarial No. 021 del 7 de abril de 2014 (Fol. 693-697 Anexo 3)	19 de septiembre de 2000	20 de septiembre de 2000
81	JOSÉ FRANCISCO ROMERO MORENO	Resolución No. 0010 del 2 de abril de 1980 Modificada por Resolución No. 1440 del 30 de agosto de 1995 (Fol. 706-708 Anexo 3)	2 de abril de 1980	3 de abril de 1980
82	HELIODORO PEREIRA LINDARTE	Resolución No. 039 del 28 de febrero de 1996	23 de diciembre de 1995	23 de diciembre de 1995

		modificada por decisión empresarial No. 050 del 29 de abril de 2009 (Fol. 698-703 Anexo 3)		
83	ELISEO RODRÍGUEZ ALVAREZ	Resolución No. 600 del 29 de noviembre de 1984 modificada por resolución No. 1175 del 22 de noviembre de 1993 (Fol. 414-418 Anexo 2)	16 de noviembre de 1984	16 de noviembre de 1984
84	PEDRO MIGUEL SANTAFE OMAÑA	Resolución No. 1675 del 13 de diciembre de 1995 (Fol. 709-712 Anexo 3)	26 de noviembre de 1995	27 de noviembre de 1995
85	ALBERTO ANTONIO GUTIÉRREZ	Resolución No. 624 del 13 de agosto de 1992 modificada por decisión empresarial No. 023 del 2 de abril de 2012 (Fol. 720-725 Anexo 3)	3 de agosto de 1992	3 de agosto de 1992
86	RITA ELIZABETH BONET JAUREGUI sustituta de LUIS ALBERTO CASTELLANOS TARAZONA	Luis Alberto: Decisión empresarial No. 082 del 20 de diciembre de 2005 (Fol. 713-716 Anexo 3) Rita: Decisión empresarial No. 039 del 8 de junio de 2010 (Fol. 717-719 Anexo 3)	30 de noviembre de 2005	30 de noviembre de 2005
87	JOSÉ GILBERTO MALDONADO HERNÁNDEZ	Resolución No. 184 del 30 de septiembre de 1987 (Fol. 704-705 Anexo 3)	31 de agosto de 1987	1 de septiembre de 1987
88	RAFAEL SANDOVAL CANDELO	Resolución No. 1654 del 21 de noviembre de 1995 modificada por decisión empresarial No.	10 de noviembre de 1995	10 de noviembre de 1995

		037 del 7 de mayo de 2008 (Fol. 900-906 Anexo 4)		
89	IGNACIO ANTONIO CORREA BEDOYA	Decisión empresarial No. 077 del 25 de noviembre de 2003 (Fol. 976-980 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
90	BLANCA MURILLO RODRÍGUEZ	Decisión empresarial No. 139 del 19 de diciembre de 2006 modificada por decisión empresarial No. 083 del 22 de agosto de 2007 (Fol. 907-912 Anexo 4)	28 de noviembre de 2006	28 de noviembre de 2006
91	RAFAEL DAVID REYES GRAZZIANI	Decisión empresarial No. 084 del 10 de diciembre de 2003 (Fol. 913-917 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
92	ALIRIO NIÑO ORTIZ sustituto de SIMÓN NIÑO AYALA	Simón: Resolución No. 0046 del 1 de agosto de 1974 modificada por resoluciones No. 021 del 23 de febrero de 1976 y No. 0017 del 14 de marzo de 1977 (Fol. 918-921 Anexo 4) Alirio: Resolución No. 067 del 5 de febrero de 1997 (Fol. 922-925 Anexo 4)	31 de julio de 1974	1 de agosto de 1974
93	RAMÓN CÁRDENAS ROSAS	Resolución No. 002 del 2 de enero de 1980 (Fol. 926-927 Anexo 2)	1 enero de 1980	1 de enero de 1980
94	MARÍA ELENA RÍOS DE JAIMES sustituta de EDUARDO EMIRO JAIMES VEGA	Eduardo: Resolución No. 009 del 8 de julio de 1982 (Fol. 928-929 Anexo 4)	8 de julio de 1982	9 de julio de 1982

		Ma. Elena: Decisión empresarial No. 025 del 28 de marzo de 2011 (Fol. 930-932 Anexo 1)		
95	TULIA BALAGUERA DE PABÓN sustituta de JOSÉ PRESENTACIÓN PABON ALBARRACÍN	José: Resolución No. 006 de 1979 modificada por Resolución No. 013 del 23 de abril de 1980 (Fol. 943 y 938 Anexo 4) Tulia: Decisión empresarial No. 060 del 16 de junio de 2008 (Fol. 939-942)	31 de enero de 1979	1 de febrero de 1979
96	ALEJANDRINA RIVERA VERA sustituta de LUIS ALBERTO JAIMES ORDUZ	Luis: Resolución No. 094 del 19 de abril de 1996 (Fol. 885-888 Anexo 4) Alejandrina: Decisión empresarial No. 019 del 16 de marzo de 2010 (Fol. 889-892 Anexo 4)	19 de marzo de 1996	20 de marzo de 1996
97	JESÚS ANTONIO CAMARGO	Decisión empresarial No. 008 del 18 de febrero de 2004 (Fol. 933-937 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
98	ISABEL MÁRQUEZ GARCÍA curadora de HENDER LEONEL MÁRQUEZ GARCÍA sustituto de JUVENAL MÁRQUEZ	Juvenal: Resolución No. 0050 del 12 de septiembre de 1974 (Fol. 893 Anexo 4) Hender: Resolución No. 0010 del 25 de junio de 1979 (Fol. 894-895 Anexo 4)	11 de septiembre de 1974	12 de septiembre de 1974

99	ANA VICTORIA RIVERA MANTILLA	Decisión empresarial No. 046 del 17 de junio de 2010 (Fol 945-947 Anexo 4)	30 de mayo de 2010	31 de mayo de 2010
100	VÍCTOR HUGO MENDOZA TORRES	Resolución No. 018 del 2 de noviembre de 1981 modificada por Resolución 420 del 16 de junio de 1992 (Fol. 948-952 Anexo 4)	2 de noviembre de 1981	3 de noviembre de 1981
101	JOSÉ GABRIEL RODRÍGUEZ MORA	Decisión empresarial No. 025 del 7 de abril de 2010 (Fol. 957-960 Anexo 4)	1 de noviembre de 2004	2 de noviembre de 2004
102	ORLANDO GRANADOS GUERRERO	Decisión gerencial No. 018 del 10 de diciembre de 2002 (Fol. 953-956 Anexo 4)	18 de noviembre de 2002	19 de noviembre de 2002
103	ARTURO NIÑO ROMAN	Decisión empresarial No. 088 del 10 de diciembre de 2003 (Fol. 971-975 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
104	JOSÉ HUMBERTO FOLIACO GAMBOA	Decisión gerencial No. 086 del 10 de diciembre de 2003 (Fol. 966-970 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
105	ÁNGEL ALBERTO WILCHES	Resolución No. 891 del 13 de noviembre de 1992 (Fol. 181-183) modificada por decisión empresarial No. 053 del 29 de mayo de 2008 (Fol. 304-306)	31 de octubre de 1992	1 de noviembre de 1992
106	PABLO EMILIO FERNÁNDEZ CONTRERAS	Decisión empresarial No. 028 del 7 de mayo de 2004 (Fol. 961-965 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
107	ÁLVARO ORTIZ RAMÍREZ	Resolución No. 042 del 21 de junio de 1999	31 de mayo de 1999	1 de junio de 1999

		modificado por Decisión empresarial No. 045 del 7 de mayo de 2008 (Fol. 1011-1010 Anexo 4)		
108	PATRICIA ARANDA ACEVEDO	Decisión empresarial No. 053 del 6 de agosto de 2004 modificada por decisión empresarial No. 076 del 26 de junio de 2009 (Fol. 981-986 Anexo 4)	28 de noviembre de 2003	29 de noviembre de 2003
109	JOSÉ ORIELSON DÍAZ BUENAÑOS	Decisión empresarial No. 060 del 21 de junio de 2006 (Fol. 987-990 Anexo 4)	31 de mayo de 2006	1 de junio de 2006
110	JOSÉ RAFAEL RIVEROS	Resolución No. 275 del 8 de marzo de 1994 modificado por resolución No. 705 del 10 de junio de 1994 y decisión empresarial No. 047 del 7 de mayo de 2008 (Fol. 991-1001)	4 de enero de 1994	4 de enero de 1994
111	CAMILO AVENDAÑO CRISTANCHO	Resolución No. 797 del 17 de julio de 1991 modificado por resolución No. 167 del 1 de agosto de 1997 (Fol. 1002-1007 Anexo 4)	16 de julio de 1991	16 de julio de 1991
112	GLORIA DEL SOCORRO PIÑA DE LEAL	Resolución No. 67 del 3 de febrero de 1989 (Fol. 758-760 Cuad. 1) Decisión empresarial No. 032 del 30 de junio de 2005 (Fol. 1033-1035)	16 de enero de 1989	17 de enero de 1989

113	REINALDO GUTIÉRREZ ROJAS	Decisión empresarial No. 069 del 10 de noviembre de 2003 modificada por decisión empresarial No. 067 del 13 de diciembre de 2013 (Fol. 785-790 Anexo 3)	16 de octubre de 2003	17 de octubre de 2003
114	HELEODORO ZAFRA	Decisión empresarial No. 013 del 27 de febrero de 2004 (Fol. 1023-1027 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
115	JUVENAL LUNA GRIMALDO	Decisión gerencial No. 007 del 12 de febrero de 2004 (Fol. 1018-1022 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
116	RAÚL ALBERTO GUALDRÓN PEÑARANDA	Decisión empresarial No. 061 del 23 de septiembre de 2004 (Fol. 1019-1017)	15 de septiembre de 2004	16 de septiembre de 2004
117	JORGE ENRIQUE GUERRERO BARRAGÁN	Decisión empresarial No. 049 del 15 de junio de 2007 (Fol. 1053-1056 Anexo 4)	30 de mayo de 2007	31 de mayo de 2007
118	CARMEN CECILIA TOLOSA DE PINTO sustituta de HERNANDO ALBERTO PINTO PARDO	Hernando: Resolución No. 672 del 23 de octubre de 1989 modificada por Decisión empresarial No. 087 del 14 de diciembre de 2004 (Fol. 1048-1052 Anexo 4) Carmen: Decisión empresarial No. 038 del 5 de agosto de 2005 (Fol. 1044-1047 Anexo 4)	30 de septiembre de 1989	1 de octubre de 1989

119	ANTONIO SANGUINO PORTILLO sustituida a Teresa de Jesús carrascal	Antonio: Resolución No. 0034 del 1 de octubre de 1973 modificada por Resolución No. 0013 del 25 de noviembre de 18 (Fol. 1062-1066 Anexo 4) Teresa: Decisión empresarial No. 032 del 20 de mayo de 2014 (Fol. 1067-1068 Anexo 4)	30 de septiembre de 1973	1 de octubre de 1973
120	LUCY KOGSON BEJARANO	Resolución No. 458 del 25 de noviembre de 1996 (Fol. 1041-1043 Anexo 4)	24 de noviembre de 1996	25 de noviembre de 1996
121	JOSÉ DEL CARMEN GUERRERO BECERRA	Resolución No. 0267 del 15 de julio de 1985 modificada por resolución No. 119 del 25 de enero de 1994 (Fol. 1038-1037 Anexo 4)	1 de julio de 1985	1 de julio de 1985
122	MARÍA DEL CARMEN CABALLERO DE PARADA sustituta de ELADIO PARADA MONTAÑEZ	Eladio: Resolución No. 013 del 23 de octubre de 1978 (Fol. 1057-1058 Anexo 4) Ma. Del Carmen: Resolución No. 298 del 8 de agosto de 1986 (Fol. 1059-1061 Anexo 4)	6 de octubre de 1978	6 de octubre de 1978
123	TEÓFILO LEÓN	Resolución No. 110 del 21 de enero de 1994 (Fol. 1080-1082 Anexo 4)	29 de diciembre de 1993	30 de diciembre de 1993
124	LOMBARDO JOSÉ BECERRA ARDILA	Decisión empresarial No. 014 del 15 de marzo de 2004 (Fol. 1075-1079 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003

125	DOMINGA RUBIO GÉLVEZ sustituta de ROMAN MEDINA JAIMES	Román: Resolución No. 005 del 13 de febrero de 1980 (Fol. 1069-1070 Anexo 4) Dominga: Decisión empresarial No. 063 del 18 de junio de 2008 (Fol. 1071-1074 Anexo 4)	17 de febrero de 1980	18 de febrero de 1980
126	JOAQUÍN RINCÓN LANDÍNEZ	Decisión gerencial No. 031 del 11 de junio de 2004 (Fol. 1117-1121 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
127	CECILIA PEÑARANDA IBARRA sustituta de JOSÉ DOLORES OVALLES	Jose: Resolución No. 053 del 21 de julio de 1998 (Fol. 317-320 Anexo 2) Cecilia: Decisión gerencial No. 026 del 30 de noviembre de 2001 (Fol. 313-316 Anexo 2)	18 de junio de 1998	18 de junio de 1998
128	GENARO MARTÍNEZ	Resolución No. 393 del 15 de julio de 1987 modificada por resolución No. 178 del 23 de septiembre de 1997 (Fol. 1095-1099 Anexo 4)	30 de junio de 1987	1 de julio de 1987
129	TEÓFILO EUSEBIO DUQUE GÓMEZ	Resolución No. 181 del 1 de octubre de 1997 modificada por Decisión empresarial No. 017 del 14 de marzo de 2012 (Fol. 1122-1127)	15 de septiembre de 1997	15 de septiembre de 1997
130	CARMEN MARY CARRILLO DE JAIMES	Decisión empresarial No. 103 del 18 de diciembre de 2003 modificada por	18 de noviembre de 2003	19 de noviembre de 2003

		decisión empresarial No. 040 del 7 de mayo de 2008 (Fol. 1110-1116)		
131	ELÍAS GÓMEZ CASTRILLO	Decisión gerencial No. 032 del 24 de junio de 2003 (Fol. 1091-1094 Anexo 4)	27 de mayo de 2003	28 de mayo de 2003
132	JORGE IVÁN MUÑOZ GARCÍA	Decisión empresarial No. 063 del 24 de octubre de 2003 (Fol. 1087-1090 Anexo 4)	29 de septiembre de 2003	30 de septiembre de 2003
133	EDGAR ENRIQUE SOTO PUERTO	Decisión gerencial No. 016 del 7 de octubre de 2002 (Fol. 1083-1086 Anexo 4)	31 de agosto de 2002	1 de septiembre de 2002
134	HÉCTOR JESÚS SARMIENTO ACERO	Decisión empresarial No. 089 del 12 de diciembre de 2003 (Fol. 1141-1145 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
135	AGUSTÍN BAYONA VACA	Resolución No. 004 del 5 de junio de 1978 modificada por Resolución No. 267 del 19 de marzo de 1991 (Fol. 1128-1131 Anexo 4)	31 de mayo de 1978	1 de junio de 1978
136	TARCISIO DE JESÚS OSORIO CASTELLANOS	Decisión empresarial No. 112 del 8 de septiembre de 2009 (Fol. 1132-1135 Anexo 4)	19 de marzo de 2009	20 de marzo de 2009
137	JOSÉ HUMBERTO URIBE CONTRERAS	Decisión empresarial No. 035 del 18 de junio de 2004 (Fol. 1136-1140 Anexo 4)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003

Conforme el anterior recuento, para 135 de los demandantes se evidencia que entre la fecha de retiro y la fecha de reconocimiento pensional apenas transcurrió un día, en uno de esos casos fueron 22 días y solo uno de los actores acredita un curso de tiempo considerable entre el retiro y el

reconocimiento pensional; por lo que procederá la Sala a analizar estas tres situaciones de manera particular.

En primer lugar, para los 135 actores donde se evidencia que transcurrió un día entre el retiro y el reconocimiento, debe decirse que el concepto de indexación implica advertir que un trabajador sufre la afectación del paso del tiempo entre la fecha de retiro y el cumplimiento total de requisitos para acceder al reconocimiento pensional, pues al momento de calcular el ingreso base de liquidación previo a aplicar la tasa de reemplazo, no se corrige la depreciación monetaria del promedio del salario y con ello se impide al trabajador acceder a una pensión actualizada frente a la pérdida de capacidad adquisitiva que sufrió la moneda en el referido lapso.

Es decir, que es un condicionante para que surja el deber de indexar la primera mesada es que exista un período de tiempo que obligue a actualizar y por ende mal puede reclamarse depreciación monetaria cuando apenas transcurre un día entre la terminación de la relación laboral y el reconocimiento de la pensión.

Para sustentar esta postura, la Corte resalta una extensa línea jurisprudencial: CSJ SL, 5 jun. 2012, rad. 51403, CSJ SL698-2013, CSJ SL4106-2014, CSJ SL8248-2014, CSJ SL10506-20174, CSJ SL11386-2014, CSJ SL11384-2014, CSJ SL1361-2015, CSJ SL13076-2016, CSJ SL3191-2018, CSJ SL2880-2019 y CSJ SL649-2020; de donde concluye que no puede haber lugar a la indexación "***al encontrar que la pensión fue concedida y pagada de manera concomitante con la terminación del contrato de trabajo***" pues esto descarta la posibilidad de distinguir "***una notoria pérdida del poder adquisitivo del salario, que abriera paso a la posibilidad de actualizarlo***".

De esta manera, no asiste razón al apelante cuando plantea que debe garantizarse hasta el más mínimo y posible índice de corrección monetaria mensual al promediar los salarios del año anterior al retiro, pues este reclamo no se identifica con la naturaleza de la pretensión de indexación de primera mesada pensional; esto en razón a que la mínima pérdida de capacidad adquisitiva que protege el ordenamiento jurídico es anual, y así, cuando el promedio salarial se identifica con el último año trabajado no puede identificarse corrección alguna que deba cubrirse.

Esta situación se hace evidente con la fórmula matemática jurisprudencialmente aceptada para dar lugar a la pretensión, que no plantea la actualización monetaria de los salarios que conforman el promedio mes a mes, sino que se limita a multiplicar el resultante entre los índices del año de retiro y el año de reconocimiento pensional.

Es por ello que resultaría inoficioso aplicar uno a uno la fórmula para verificar que no exista pérdida de capacidad adquisitiva para estos 135 demandantes, pues al momento de ejecutar la operación matemática el cociente resultante entre el IPC final –estructuración del derecho- y el IPC inicial –data del último salario o desvinculación- será 1 y al multiplicar este por el promedio de lo devengado en el último año, el salario base para liquidar la pensión sería exactamente el mismo.

Por ejemplo, en el caso del señor JUAN DE DIOS CRUZ AGUILAR se tiene que el IPC para el año 1996 es 26.36, y como la fecha inicial y final se corresponden con el mismo año, se cuenta con el mismo índice y la fórmula

arrojará que el valor actualizado es el mismo al valor histórico, como se observa en el siguiente cuadro:

Cálculo de Cantidad Única Indexada				
	AÑO	*MES		
Fecha Final:	1996	11	IPC - Final	26,36
Liquidado Desde:	1996	11	IPC - Inicial	26,36
Capital-VH:	$ 1.365.230,00			
VALOR ACTUALIZADO	**$ 1.365.230,00**			

*Fórmula utilizada: VA = VH x (IPC. F / IPC.I)	
VA= Valor Actualizado	$VA = 1.365.230\ x\ \frac{26{,}36}{26{,}36}$
VH= Valor Histórico (Capital)	$VA = 1.365.230\ x\ 1$
IPC.F= IPC FINAL	$VA = 1.365.230$
IPC.I= IPC INICIAL	

Esta situación se repetirá caso a caso para los otros 134 actores a quienes se les reconoció la pensión el mismo día o el día siguiente a la finalización del contrato de trabajo, por lo que no era necesario desgastarse aplicando la fórmula de manera individualizada.

Frente al señor **VÍCTOR MANUEL BUSTOS MOJICA** se advierte que fue liquidada su pensión con un salario base de $468.023, finalizó su relación el 8 de marzo de 1993 y se le reconoció la pensión el 1 de abril de 1993, transcurriendo 23 días entre ambas fechas, se tiene la siguiente situación:

Cálculo de Cantidad Única Indexada				
	AÑO	*MES		
Fecha Final:	1993	3	IPC - Final	14,93
Liquidado Desde:	1993	4	IPC - Inicial	14.93
Capital:	$ 468.023			
VALOR ACTUALIZADO	**$ 468.023**			

*Fórmula utilizada: VA = VH x (IPC. F / IPC.I)	
VA= Valor Actualizado	$VA = 468.023\ x\ \frac{14.93}{14.93}$
VH= Valor Histórico (Capital)	$VA = 468.023\ x\ 1$
IPC.F= IPC FINAL	$VA = 468.023$
IPC.I= IPC INICIAL	

Lo anterior reitera el precepto que se ha expuesto, si bien transcurrieron 23 días entre la fecha de retiro y el reconocimiento pensional, al momento de aplicar esta diferencia en la fórmula legal no se genera corrección monetaria alguna pues el índice de precios al consumidor que se usa en ambas fechas es el mismo y no genera diferencia alguna que reconocer.

Alega el apelante que, en sentencia T-953 de 2013 la Corte Constitucional insiste en revisar si la prestación reconocida mantuvo su capacidad adquisitiva cuando existe diferencia frente a los salarios mínimos que representaba al ser adquirida frente al vigente; sin embargo, esta Sala no comparte este razonamiento pues esa situación tiene una lógica y clara explicación, el artículo 14 de la ley 100 de 1993 implementó dos sistemas diferentes para el reajuste de pensiones: por regla general todas deben ajustarse año a año conforme al IPC excepto las de monto igual al salario mínimo que deben incrementarse según el mismo porcentaje que fije para estas el Gobierno.

En ese sentido, siempre va a disminuir progresivamente la diferencia entre una pensión que se reajusta anualmente con el IPC frente al salario mínimo, pues es usual que el incremento de este último sea superior a la inflación por ser el resultado de las negociaciones entre el Gobierno, gremios empresariales y sindicatos de trabajadores; por ejemplo, para 1993 la inflación fue de 22,61% y el salario mínimo incrementó 25%, de manera que inmediatamente aplicado el reajuste iba a descender la proporción de las pensiones que se reajustaron casi 3 puntos porcentuales menos que el salario mínimo. Por ello, la comparación solicitada por el apelante no tiene cabida, al no partir de parámetros idénticos de incrementos porcentuales.

Finalmente, en lo que se refiere al señor ALIRIO ALFONSO CONTRERAS ANGARITA, el juez a quo declaró la existencia de cosa juzgada por cuanto en el reconocimiento de su pensión, Decisión Empresarial No. 052 del 20 de septiembre de 2005, consta que ya hubo indexación por orden judicial; advirtiendo el apelante que era improcedente declarar la excepción de cosa juzgada sin la prueba idónea que certificara la identidad entre la anterior decisión judicial.

Al respecto, se tiene que en el documento visto a folio 831 se refiere que "*De acuerdo a la sentencia No. 9015 del 22 de noviembre de 2004 del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta se debe actualizar el salario base desde el 11 de abril de 1991, de acuerdo al IPC de cada año, fecha desde la cual el señor ALIRIO ALFONSO CONTRERAS ANGARITA dejó de trabajar en CENS S.A. E.S.P.*" y procede a realizar el cálculo indicando que el salario base del trabajador para 1991 ascendía a $231.061 y por ende la mesada pensional correspondiente al 75% de tasa de reemplazo era de $173.396, que actualizado hasta diciembre de 2002 ascendía hasta $1.054.641.

Sobre la excepción de cosa juzgada, la Sala de Casación Laboral en providencia SL5226 de 2017, recuerda sobre el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, actual 303 del Código General del Proceso, que:

> "(…) *prevé la existencia de la cosa juzgada bajo las reglas de las tres identidades, esto es que exista coincidencia de objeto, causa y sujetos; tal institución se funda en el principio del non bis in ídem, que se erige para darle fuerza vinculante a las determinaciones adoptadas por los juzgadores, bajo la certeza de que aquellas se vuelven definitivas e inmutables, y por tanto, los litigios no pueden reabrirse, pues de ser así se lesionaría gravemente el orden social y la seguridad jurídica, al no poderse concretar las situaciones de derecho*".

De esta lectura se desprenden tres elementos: (i) **identidad de personas o sujetos**, (ii) **identidad de objeto o cosa pedida** y (iii) **identidad de causa**

para pedir; de manera que, al presentarse nuevamente dichos elementos dentro de una posterior proposición planteada ante los estrados judiciales, pone de presente la imposibilidad jurídica de efectuar pronunciamiento alguno, dado que ya se había decidido judicialmente

Conforme a lo anterior, aunque la decisión judicial anterior no obra al proceso pese al amplio material probatorio aportado por ambas partes, el documento por el cual la empresa demandada reconoce la prestación se obliga a reconocer expresamente el fenómeno de la indexación de la primera mesada por una decisión judicial y ante ello, al no estar atado el Juez a tarifa legal ni ser necesaria una prueba solemne para llevar a su convencimiento en este asunto, no solo existe prueba suficiente respecto a la identidad entre los sujetos (Alirio Contreras y CENS S.A. E.S.P.), el objeto o cosa pedida (indexación de primera mesada) y la causa (calidad de pensionado convencional) sino que además existe un acto proveniente del deudor que es exigible ejecutivamente en caso de no cumplir la obligación allí adquirida, sin necesidad de una nueva declaración judicial en proceso ordinario laboral.

Sin perjuicio de lo anterior, revisados los cálculos del empleador se obtiene que actualizado el salario base de 1991 a 2002 arroja una corrección por total de $1.334.156,39 y aplicada la tasa de reemplazo se tiene una mesada de $1.000.617,29; la cual resulta inferior a la reconocida por CENS para 2002 que fue de $1.054.641, como se observa a continuación, y de donde se desprende que no existe diferencia alguna que deba reconocerse en favor de este accionante.

Cálculo de Cantidad Única Indexada				
	AÑO	*MES		
Fecha Final:	2002	12	IPC - Final	49.83
Liquidado Desde:	1991	4	IPC - Inicial	8.63
Capital:	$ 231.061			
VALOR ACTUALIZADO	$ 1.334.156,39			

*Fórmula utilizada: VA = VH x (IPC. F / IPC.I)	
VA= Valor Actualizado	$VA = 231.061x \frac{49.83}{8.63}$
VH= Valor Histórico (Capital)	$VA = 231.061\ x\ 5{,}77$
IPC.F= IPC FINAL	$VA = 1.334.156{,}39$
IPC.I= IPC INICIAL	

En consecuencia, y al no asistir razón al recurrente en sus argumentos, se confirmará en su integridad la decisión de primera instancia que absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Se condenará en costas de segunda instancia a la parte actora, fijando como agencias en derecho la suma de $150.000 por cada uno a favor de la parte demandada.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 5 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, conforme se expuso en la parte motiva.

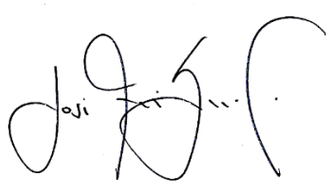
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de $150.000 por cada uno a favor de la parte demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES

MAGISTRADA PONENTE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

MAGISTRADO

MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 05 , fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 1º de septiembre 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
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2016-00464-01
Partida Tribunal: 18186
Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta
Demandante: MARLENY ORTIZ BLANCO
Demandada (o): PROACTIVA
Tema: CONTRATO DE TRABAJO
Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto 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 esta ciudad, el día 22 de junio de 2018, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2016-00464-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18046 promovido por la señora MARLENY ORTÍZ BLANCO contra PROACTIVA DEL ORIENTE S.A.

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. A N T E C E D E N T E S

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare que entre él y la empresa PROACTIVA DEL ORIENTE SA existió un contrato de trabajo, desde el día 14 de agosto de 2006 y hasta el 13 de diciembre de 2013, en el

cargo de AUXILIAR DE BARRIDO- OPERARIO DE BARRIDO-RECOLECTOR, contrato que terminó por causa imputable a su empleadora, y en consecuencia, solicita se condene a esta al pago de los aportes a seguridad social integral, a la diferencia salarial, salarios dejados de percibir, cesantías, sus intereses y su sanción por no pago, las primas de servicio y vacaciones de los periodos de noviembre y diciembre de 2012, de 2013, 2014, de enero a junio de 2015 y de enero a agosto de 2016, así como la indemnización por despido injusto, por el no pago de prestaciones sociales a la terminación del contrato declarado, la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la sanción por no consignación de cesantías durante toda la relación laboral, el excedente de sueldos, primas, vacaciones, cesantías y sus intereses, pagados a la empresa Cooperativa desde el 14 de agosto de 2006 y hasta el 31 de diciembre de 2007 y a COODESCO CTA desde el 01 de febrero de 2008 y hasta el 31 de octubre de 2012, los perjuicios morales.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 119 a 125 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que se desempeñó como operario de barrido- auxiliar de barrido-recolector, como trabajador en misión, enviado por PROACTIVA a firmarlos contratos individuales con cooperativas de trabajo asociado y/o empresas de servicios temporales, y estas a su vez, realizaban el contrato por la duración de una obra o labor determinada.
2. Que suscribió dichos contratos, pero siempre prestando sus servicios ininterrumpidos para la empresa PROACTIVA, durante más de 7 años.
3. Que la relación con PROACTIVA se reanudó el día 01 de noviembre de 2012 al 12 de diciembre de 2013, toda vez que se ordenó, vía fallo de tutela, el reintegro sin solución de continuidad, desde la fecha de retiro de la empresa 31 de octubre de 2012 y por un término de cuatro meses.
4. Que en dicha tutela, además del reintegro, se ordenó el pago de salario y demás acreencias laborales, las cuales no han sido canceladas en su totalidad.
5. Que siempre percibió como salario, un mínimo mensual legal vigente.

6. Que durante la relación laboral sufrió quebrantos de salud y ha desarrollado enfermedades que considera de origen profesional, habiendo recibido terapias y calificaciones que fueron suspendidos con la interrupción del contrato de trabajo.
7. Que el 29 de octubre de 2012 PROACTIVA le comunicó la decisión de retirarla, sin contar con la debida autorización del Ministerio de Trabajo.
8. Que no le fueron cancelados los aportes a la seguridad social desde su reintegro sin solución de continuidad.
9. Que no ha recibido notificación alguna de nueva terminación del contrato de trabajo por parte de PROACTIVA ni de COODESCO LTDA., por lo que se entiende que la relación laboral continúa vigente.
10. Que presentó incidente de desacato con el fin de que se cumpliera efectivamente el reintegro, pero aquel fue archivado, argumentándose que nadie esta obligado a cumplir lo imposible, por la liquidación de COODESCO LTDA. y debía acudir a la justicia ordinaria para que fuera el juez natural quien definiera la solidaridad con PROACTIVA.
11. Que se encuentra en trámite de calificación de origen de su enfermedad.
12. Que el día 25 de septiembre de 2013 PROACTIVA indica haber consignado en depósito judicial en el Banco Agrario pagos que le corresponden, sin precisas su valor o el concepto por el cual se realizan.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada**,** esta aceptó como ciertos los hechos 3, 19; el resto que no le consta o que no son ciertos; se opuso a las pretensiones, manifestando que no sostenía vínculo laboral como empleadora de la demandante, lo cual obedece a que esta se encontraba bajo el régimen propio de la Legislación Cooperativa, en atención a que era asociada de la Cooperativa de Trabajo Asociado COODESCO.

Como excepciones de fondo propuso las de imposibilidad de reconocimiento y por ende el pago del derecho solicitado, falta de legitimación por pasiva por el rompimiento de la solidaridad pretendida, excepción de carencia del derecho e inexistencia de la obligación, pago y cobro de lo no debido,

prescripción, buena fe, compensación y las que resulten probadas dentro del proceso- iura novit curia.

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 22 de junio de 2018, resolvió absolver a la pasiva de las pretensiones incoadas en su contra.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que la existente entre las partes tuvo como fecha de terminación el 31 de octubre de 2012, y el término prescriptivo fue interrumpido mediante el fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta el 12 de agosto de 2013, por lo que, al haber sido interpuesta la demanda el 01 de septiembre de 2013, hay lugar a declarar la excepción de prescripción.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

La parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la anterior sentencia, y solicitó su revocatoria, indicando que en este caso se puede establecer, conforme a lo allegado al plenario, que no operó el fenómeno de la prescripción toda vez que se probó que la actora MARLENY ORTIZ BLANCO fue reintegrada por orden de tutela, siendo el despido 31 de octubre de 2013, ineficaz conforme a la norma y el precedente jurisprudencial, habiéndose ordenado igualmente el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad; lo que indica que por orden judicial constitucional se mantuvo la relación laboral mucho más allá de la fecha inicial de desvinculación, reactivándose su vínculo laboral desde el 30 de septiembre de 2013, fecha en que PROACTIVA cumplió parcialmente la tutela, con el pago de la sanción del artículo 26 de la ley 371 del 97 así como los aportes a Seguridad Social, de manera que el vínculo laboral se activó desde el 30 de septiembre del 2013, y a fecha de presentación de la demanda, que fue el 01 de septiembre de 2016 ese encontraba dentro del término legal de 3 años para la presentación de la demanda.

Manifestó que las pretensiones en este proceso estuvieron encaminadas a la declaratoria de un contrato realidad laboral celebrado entre la cooperativa de trabajo asociado COODESCO y el actor, así como la declaratoria de la solidaridad con PROACTIVA y como consecuencia de las tales declaraciones, se solicitó la condena a la demanda solidariamente con PROACTIVA al pago de los salarios dejados de percibir, ordenados por el juez de tutela que fueron cancelados parcialmente por la demandada PROACTIVA, pagos que se deben cancelar desde el último pago que se hizo de fecha 30 de septiembre de 2013 hasta la fecha del 2018; así como prestaciones sociales, sanción por falta de consignación de las cesantías a un fondo, al subsidio de transporte, la indemnización moratoria, indemnizaciones por daños morales, indexación y lo que ultra petita resultare probado en el proceso.

En cuanto al contrato realidad, manifestó que existió suficiente material probatorio en donde fácilmente se pudo demostrar que la señora MARLENY ORTIZ BLANCO suscribió contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada con cooperativa de trabajo, iniciando con Cooperativa Amiga desde 14 agosto del 2006 al 31 de diciembre de 2007, y con COODESCO desde el 1 de febrero de 2008 al 31 de octubre de 2012 por más de 6 años; que por tiempo ininterrumpido prestó sus labores siempre para el verdadero empleador PROACTIVA S.A. ESP.

Que en el artículo 6 del decreto 4369 de 2006 se define en qué casos y durante cuánto tiempo las empresas usuarias pueden contratar con empresas temporales y PROACTIVA utilizó a las Cooperativas Manos Amigas y COODESCO para realizar la intermediación laboral, extra limitándose en el tiempo de contratación violando dicha norma; que se pudo probar la verdadera relación laboral con la activa, quien recibía órdenes directas de los supervisores de PROACTIVA S.A. ESP, se presentaba todos los días en la oficina de PROACTIVA para recibir instrucciones diarias de los supervisores, firmaba todos los días el formato de microruta de barrido donde estaba especificada la fecha de labores, el nombre del operario, la cantidad de bolsas entregadas y portaba uniforme con la marca que identifica a la empresa PROACTIVA.

Precisó que se debió estudiar la existencia del contrato realidad entre

MARLENY Ortiz y la demandada y su responsabilidad solidaria bajo el principio de la primacía de la realidad; que el artículo 16 del decreto reglamentario 4588 de 2006 que establece la desnaturalización del trabajo asociado y el artículo 17 del mismo decreto consagra expresamente la prohibición para las cooperativas de actuar como intermediario laboral

Alegó que se equivocó el juez al no condenar a PROACTIVA como verdadera beneficiada de la prestación personal del servicio y que la cooperativa de trabajo asociado desbordó las obligaciones y facultades que le concedía la ley para afiliar a personas como cooperadas, resultando entonces solidariamente responsable la cooperativa COODESCO y PROACTIVA por las obligaciones económicas que se causen a favor de la trabajadora social.

En cuanto al fallo de tutela, indicó que el juez de primera instancia yerra en no valorar las pruebas documentales que existen, ya que PROACTIVA ORIENTE SA ESP no dio cumplimiento al mismo, ya que no realizó el reintegro; que no se tuvo en cuenta la sentencia en la cual el Juzgado Séptimo Civil de Circuito tuteló los derechos fundamentales reclamados por la señora MARLENY ORTIZ BLANCO y ordenó la indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y pago de las prestaciones sociales desde su desvinculación hasta cuando se hiciera efectivo el reintegro, reintegro que nunca cumplieron ni la intermediaria COODESCO ni la empresa PROACTIVA.

En cuanto al despido sin justa causa, manifestó que se infringió la ley, debido a que PROACTIVA S.A. ESP no tomó en consideración el estado de debilidad manifiesta e indefensión de la demandante, quien tiene una discopatía el L4 y L5 con hernia discal central, con síndrome del túnel carpiano, recibiendo tratamiento médico integral, terapia y recomendaciones ocupacionales de médicos tratantes, tratamiento, calificaciones que fueron suspendidas con la interrupción del contrato de trabajo, la cual se hizo sin el respectivo permiso de la autoridad competente.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes no presentaron sus alegatos de conclusión, ya que si bien el día 14 de agosto de 2020 a las 11:02 am la parte demandada envío correo electrónico con el escrito de alegaciones, esto se hizo de manera extemporánea.

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 si existió en la realidad, un contrato de trabajo entre la señora MARLENY ORTIZ BLANCO y la empresa PROACTIVA ORIENTE, SA, desde el 14 de agosto de 2006 y el 13 de diciembre de 2013 y, en consecuencia se debe condenar a la pasiva al pago de las acreencias laborales solicitadas, así como al reintegro y los demás derechos incluidos en el fallo de tutela de fecha 12 de agosto de 2013.

Conforme al principio general de la carga de la prueba contemplado en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual es aplicable a nuestro Procedimiento Laboral por integración normativa del artículo 145 del C.P.L., quien pretenda beneficiarse de los efectos jurídicos consagrados en una norma debe probar los supuestos de hecho consagrados en ella.

En este entendido, si la parte demandante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo, debe probar la configuración de los elementos del mismo establecidos en el artículo 23 del C.S.T., siendo estos, (i) la demostración de la labor personalizada de quien dice tener la calidad de

trabajador, (ii) la subordinación o dependencia jurídica permanente del asalariado respecto del empleador, el cual se erige en el elemento tipificante del lazo contractual, pues si no aparece evidenciado se considera que dicho nexo no nació a la vida jurídica y (iii) la remuneración o retribución por el servicio desarrollado.

En ese sentido e menester hacer alusión a la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., según la cual, demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, no es necesario acreditar la continuada subordinación jurídica ya que tal presunción le impone la carga al supuesto empleador de desvirtuarla, a través de la evidencia allegada al proceso, lo cual ha sido sostenido en numerosas ocasiones por la HCSJ, siendo una de ellas su sentencia del 24 de abril de 2012, con Radicado Nº 39600.

Lo anterior significa que a la actora le basta con probar la prestación o la actividad personal a favor de la demandada, para que se presuma el contrato de trabajo y es a ésta última a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiada el operario.

En este orden de ideas, le corresponde a la Sala recurrir a las probanzas traídas a los autos con el fin de establecer si se acreditó dicha prestación personal del servicio de la actora a favor de PROACTIVA S.A., habiéndose encontrado los siguientes documentos relevantes para el efecto:

- A folio 15 se encuentra una comunicación enviada por la CTA COODESCO, en la cual le informan a la demandante que el 31 de octubre de 2012 se daría por terminado su aporte de trabajo por retiro forzoso, ante la terminación definitiva de la actividad que originó la existencia del puesto de trabajo.
- A folios 16 a 19 se allega el extracto del fondo de pensiones obligatorias expedido por Protección SA, en el cual se evidencian cotizaciones efectuadas por la CTA Colombia Amiga y COODESCO, desde agosto de 2006 y hasta agosto de 2012.
- A folio 20 se observa un formato de “hoja de micro ruta barrido” con el membrete de PROACTIVA, con fecha 28 de septiembre de 2010, en la cual consta el nombre de la demandante como operaria.

- A folio 22 se presenta una certificación expedida por la cooperativa de trabajo asociado Amiga el día 17 de septiembre de 2007, según la cual la "desde el 14 de agosto de 2006, con un convenio asociado a término indefinido, prestando sus servicios de manera autogestionaria como OPERARIO DE BARRIDO para la empresa PROACTIVA ORIENTE, con una compensación ordinaria de $433.700".
- A folio 23 se allega una certificación expedida por COODESCO el día 25 de septiembre de 2009, según la cual la demandante es asociada dicha cooperativa desde el 01 de febrero de 2008 en el cargo de OPERARIO DE BARRIDO.
- A folios 50 a 61 se aportó la oferta mercantil de venta de servicios cooperativos de trabajo asociado, enviada por COODESCO siendo el destinatario de la misma, la empresa PROACTIVA SA, con fecha 01 de febrero de 2008, la cual se encuentra suscrita por el representante legal de aquella.
- A folios 64 a 76 y 94 a 118 se observa los documentos relacionados con la sentencia de tutela proferida por el Jugado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta el día 12 de agosto de 2013, y el posterior trámite de incidente de desacato presentado por la demandante.

De los interrogatorios de parte recaudados, se obtuvo la siguiente información:

- El señor PEDRO ARNULFO GARCÍA TIBADUISA, actuando como representante legal de PROACTIVA indicó en su interrogatorio de parte, que no existe un contrato directo entre la presa y los encargados de desempeñar la labor de barrido, ya que se tenía un convenio comercial con COODESCO, el cual culminó en diciembre de 2012.

- La señora MARLENY ORTIZ BLANCO indicó que prestó servicios inicialmente como asociada de Amiga, y posteriormente con COODESCO, pero siempre fue a favor de PROACTIVA; que COODESCO le paga mensualmente, pero la tirilla de pago decía PROACTIVA.

Tales vestigios probatorios, dan cuenta que la demandante prestó sus servicios efectivamente a favor de PROACTIVA SA en el cargo de OPERARIO DE BARRIDO, tal como se certificó a folio 22 y probada como está dicha

prestación, surge para la demandada la carga de desvirtuar la existencia de subordinación en la relación existente con la señora MARLENY ORTIZ BLANCO, y para dar cumplimiento a tal carga, alegó que la demandante fue vinculada en virtud de la oferta mercantil enviada por COODESCO y por tanto nunca medió una relación laboral con aquella.

Por lo anterior, es necesario verificar las circunstancias que rigieron esta contratación, con el fin de determinar si, en efecto, y como lo alega PROACTIVA, en esta no existía subordinación, si no por el contrario, era una relación horizontal, autónoma y autogestionada, propia del trabajo asociado, o si como insiste el apelante, las cooperativas actuaron como simples intermediarios, siendo PROACTIVA la verdadera empleadora.

Al respecto es necesario indicar que de acuerdo a los artículos 3 y 10 del decreto 4588 de 2006, el trabajo asociado cooperativo es la actividad libre, autogestionaria, física, material o intelectual o científica, que desarrolla en forma autónoma un grupo de personas naturales que han acordado asociarse solidariamente, fijando sus propias reglas conforme a las disposiciones legales y con las cuales autogobiernan sus relaciones, con la finalidad de generar empresa, produciendo bienes, ejecutando obras o prestando servicios, para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

De igual forma, el artículo 17 ibidem, prohíbe que las cooperativas hagan intermediación laboral o envíen trabajadores en misión, en los siguientes términos:

> "Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.
>
> Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente

responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado."

La anterior prohibición se fundamenta en que dada la autonomía que caracteriza a las Cooperativas no es aceptable que ésta delegue en el beneficiario del servicio un poder subordinante sobre el trabajador asociado, debido a que ello, conlleva a que el usuario o el beneficiario del servicio, se convierta en el verdadero empleador y la cooperativa se convierte en un verdadero intermediario.

De otro parte, tenemos que el artículo 63 de la ley 1429 de 2010, prohíbe que los trabajadores asociados sean destinados a la realización de actividades misionales permanentes. Y éstas deben entenderse en concordancia con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2025 de 2011, que explicó que las actividades misionales permanentes son las dirigidas al cumplimiento de funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa, que se define de acuerdo a las limitaciones propias del outsourcing, en cuanto el mismo solo procede y está totalmente autorizado para labores ajenas al core bussines u objeto social central.

Así las cosas, analizado las pruebas surtidas en el proceso con el fin de verificar si las actividades efectuadas por la señora MARLENY ORTIZ BLANCO, se catalogan como actividades misionales permanentes de la empresa PROACTIVA ORIENTE S.A. y si en la relación entre éstos existió el elemento subordinante, configurativo de un contrato de trabajo realidad, la conclusión a que se llega es que la demandante fue enviada en misión a PROACTIVA a ejercer labores propias y permanentes del objeto social a que se dedica ésta, el cual, según el certificado de existencia y representación legal de PROACTIVA (folio 3 a 6), es: *"la prestación públicos domiciliarios de aseo y saneamiento básico y la realización de actividades complementarias al mismos, tales como la recolección, el transporte, tratamiento, aprovechamiento, disposición final de residuos principalmente solidos incluyendo la operación de rellenos sanitarios o cualquier otro mecanismo que resulte necesario o conveniente…".*

Efectivamente, nótese como las actividades de barrido ejercidas por la actora eran necesarias para que la pasiva pudiera ejercer su actividad social y pudiera prestar sus servicios de manera correcta y eficiente, demostrándose

que se trataba de una actividad vital, conexa y propia para la ejecución del objeto social y para los servicios que efectivamente presta dicha empresa, y que no podía ser tercerizada como si se tratara de una actividad de apoyo o ajena a su giro ordinario.

Además, se tiene que no logró desvirtuar la pasiva dentro del proceso, que dentro de la relación existente con la señora MARLENY ORTIZ BLANCO, se hubiera dado el elemento de subordinación, ya que no aportó elementos que demostraran que la actividad ejercida por esta se dio de manera autónoma, libre y autogestionada, como se requiere en las relaciones civiles o comerciales, que surgen de uso del cooperativismo.

Surge de manera evidente entonces, que en el sub lite se desnaturalizó el trabajo asociado y en la realidad se configuró un contrato de trabajo entre la actora y PROACTIVA S.A., lo que lleva a la Sala a declarar la ilegalidad y por ende, ineficacia del convenio de asociación suscrito por la actora con COODESCO, en tanto ésta sirvió como intermediaria para ocultar la verdadera relación de trabajo que ésta sostuvo con PROACTIVA ORIENTE S.A., planteamiento que resulta acorde con el criterio jurisprudencial sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Ver sentencias SL13918 de 2017, SL2944 de 2018 y SL52108 de 2018).

Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contiene el artículo 43 del CST, común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, facultándose en dicha medida al trabajador, para reclamar el pago de salarios y prestaciones legales adeudados.

EXTREMOS TEMPORALES

Desde la óptica probatoria, surge evidente en este caso, que se demostró de manera efectiva la prestación del servicio por parte de la señora ORTIZ BLANCO a favor de PROACTIVA, en el periodo comprendido entre el 14 de agosto de 2006 y el 17 de septiembre de 2007, teniendo como fundamento la certificación expedida por la Cooperativa Amiga, vista a folio 22; y si bien

en la certificación vista a folio 23 se habla de la actividad de la demandante como OPERARIO DE BARRIDO, desde el 01 de febrero de 2008 al 25 de septiembre de 2009, en dicho documento no se especifica que la misma hubiera tenido como beneficiaria, la empresa demandada; lo propio ocurre con la terminación de la relación con COODESCO vista a folio 15, la cual se daría el día 31 de octubre de 2012, sin manifestarse, de manera expresa, que el aporte de trabajo de la señora ORTIZ BLANCO se hubiera dado a favor de PROACTIVA.

Únicamente existe, a folio 20, una "hoja de micro ruta barrido", con el membrete de PROACTIVA ORIENTE SA ESP, de fecha 28 de septiembre de 2010, no pudiéndose determinar que su prestación hubiera sido continua, desde el 17 de septiembre de 2007 (fecha que certifica la Cooperativa Amiga), hasta el mencionado 28 de septiembre de 2010, al no existir elemento probatorio que lo demuestre.

Así las cosas, procederá esta Sala a ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre la señora MARLENY ORTIZ BLANCO y la empresa PROACTIVA ORIENTE SA, desde el 14 de agosto de 2006 y hasta el 17 de septiembre de 2007, y durante el día 28 de septiembre de 2010, en el cargo de OPERARIA DE BARRIDO.

PRESCRIPCIÓN

Huelga reseñar que como la declaratoria del contrato realidad, tuvo acogida por esta Sala, es menester revisar si producto de ello se cancelaron todas las acreencias laborales derivadas del vínculo contractual y si es procedente la imposición de las sanciones previstas en los artículos 64 y 65 del C.S.T. y 99 de Ley 50 de 1990, así como el reintegro y demás derechos pretendidos, debiéndose revisar previamente si se encuentra probada, tal como lo declaró el A quo, la excepción de **prescripción** propuesta por la demandada.

Teniendo claro entonces que la última fecha de prestación del servicio conocida lo fue el 28 de septiembre de 2010, en virtud de los artículos 488 del CST y 151 del CPTYSS, la actora contaba con tres años contados a partir

de la terminación de su contrato de trabajo, para interponer las acciones encaminadas a obtener el pago de lo aquí pretendido, los cuales irían hasta el 28 de septiembre de 2013, y dado que la demanda fue presentada el 01 de septiembre de 2016, es claro que los derechos surgidos de la declaratoria aquí realizada, ya se encuentran prescritos, con excepción del pago de los aportes a pensión causados en el periodo contractual establecido, los cuales, como se ve a folio 18 fueron debidamente cancelados por la cooperativa amiga; pago que, al haber sido realizado por la entidad responsable solidariamente en la cancelación de las obligaciones laborales emanados de la relación laboral, es totalmente válido, no habiendo lugar a realizar condena adicional.

Incluso, si se le diera al fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta la virtualidad de interrumpir la prescripción, este tiene fecha del 12 de agosto de 2013, y al haberse presentado la demanda el 01 de septiembre de 2016, superó por unos días, el término prescriptivo, teniendo las mismas consecuencias extintivas; además, se observa a folios 102 a 118 que las pretensiones de la acción constitucional únicamente se encaminaron a obtener el reintegro por parte de PROACTIVA, conjuntamente con COODESCO, sin que nada se dijera acerca de la declaratoria de una relación de trabajo con aquella, por lo que no podría considerarse como una interrupción en el cómputo de la excepción propuesta, con respecto a esta solicitud, y sus posteriores consecuencias.

Por otro lado, alega el apelante que dado que a través del fallo de tutela mencionado se ordenó a PROACTIVA el reintegro de la demandante a su puesto de trabajo, y debido a que nunca se le ha notificado la terminación de esta relación, se entiende que la relación laboral continua vigente, por cuanto no hay lugar a declarar la prescripción de derechos.

Frente a esto, debe aclarar la Sala que no le asiste la razón al apelante, por cuanto se probó en el curso del proceso que ni la empresa PROACTIVA ni COODESCO acataron la orden constitucional relativa al reintegro laboral de la demandante, y si bien tenían en su cabeza dicha carga, la exigencia de su cumplimiento se debía tramitar, ya sea vía incidente de desacato, como a bien lo tuvo la activa, o presentando la acción ordinaria dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la ya mencionada sentencia, lo cual no realizó

la demandante, habiendo fallado a su deber y por tanto, perdiendo el amparo otorgado, el cual, sea dicho de paso, tuvo un carácter transitorio.

Entonces, al no haber sido efectivamente reintegrada la señora ORTIZ BLANCO a su puesto de trabajo, ya sea por parte de PROACTIVA o de la cooperativa, no es posible entender que el contrato de trabajo seguía vigente al momento de presentar la demanda, por lo que, se repite, se encuentran prescritos los derechos laborales a que tendría derecho en virtud de la relación laboral declarada, incluidas las pretensiones relacionadas con la situación de estabilidad laboral reforzada que se alega, debiéndose CONFIRMAR la decisión tomada por el Juez A quo en cuanto declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada al haber sido presentada la demanda de forma extemporánea, y por tanto será absuelta de las pretensiones incoadas en su contra, pero por las motivaciones expuestas en la presente providencia.

No se condenará en costas por cuanto fueron favorables al apelante, de manera parcial, las resultas del recurso.

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,

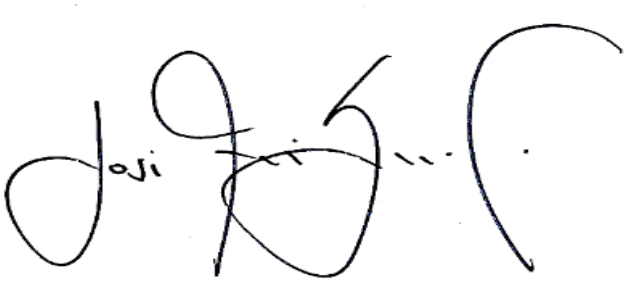
VIII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada proferida por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 22 de junio de 2018, en el sentido de DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre la señora MARLENY ORTIZ BLANCO y la empresa PROACTIVA ORIENTE SA, desde el 14 de agosto de 2006 y hasta el 17 de septiembre de 2007, y durante el día 28 de septiembre de 2010, en el cargo de OPERARIA DE BARRIDO.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, pero con fundamento en las motivaciones expuestas en la presente providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre 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
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2016-00513-01
Partida Tribunal: 18141
Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta
Demandante: Luz Dary Vera Espinel
Demandada (o): Racores y Mangueras de Colombia SA
Tema: CONTRATO DE TRABAJO
Asunto: Consulta de Sentencia

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

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 15 de mayo de 2018, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2016-00513-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18141 promovido por la señora LUZ DARY VERA ESPINEL contra RACORES Y MANGUERAS DE COLOMBIA SA

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. A N T E C E D E N T E S

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, con vigencia desde el 11 de

septiembre de 2012, el cual se prorrogó de manera automática hasta el 10 de mayo de 2017, habiendo sido terminado de manera unilateral y sin justa causa el día 30 de abril de 2016, terminación que obedeció a un acto constitutivo de acoso laboral, y como consecuencia de esto, se declare que la misma es ilegal y nula; de manera subsidiaria solicitó se reintegre a un cargo igual o superior al que venía ejerciendo, se le cancele la indemnización por despido injusto consignada en el artículo 64 CST, los salarios y prestaciones sociales causados desde su desvinculación y hasta que se haga efectivo su reintegro, a la reliquidación de los aportes a la seguridad social integral realizados, teniendo en cuenta el total de lo devengado durante la vigencia de la relación laboral, el valor de la dotación que debió entregarle, la indexación de las sumas, los intereses moratorios, a la indemnización del articulo 65 CST.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos expuestos a folios 219 a 221 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que ingresó a laborar a la empresa RACORES Y MANGUERAS COLOMBIA SAS el 11 de septiembre de 2012 suscribiendo un contrato individual de trabajo a término fijo con un periodo de 2 meses, que se extendía hasta el 10 de noviembre de 2012, en el cargo de vendedora, habiéndose desempeñado como cajera, contrato que se prorrogó de manera automática.
2. Que la demandada le hizo firmar una serie de contratos de trabajo a término fijo, así:
    - Del 11 de noviembre de 2012 hasta el 10 de febrero de 2013.
    - Del 11 de febrero de 2013 hasta el 10 de julio de 2013.
    - A término indefinido a partir del 10 de julio de 2013.
3. Que la relación laboral se dio de manera continua e ininterrumpida desde el 11 de septiembre de 2012 hasta el 30 de abril de 2016, fecha en la cual el empleador dio por terminado el contrato de trabajo, de manera unilateral.

4. Que en virtud del contrato de trabajo, fue afiliada al sistema de seguridad social integral, pero sus cotizaciones no tenían en cuenta el valor real de ingreso base.
5. Que su compañera de trabajo LUZ FANNY SANGUINO BOTELLO estaba siendo tratada con actos de acoso laboral por parte de la señora SANDRA BONILLA LASPRILLA, situación de la cual fue testigo, habiendo estado dispuesta a declarar, pero días después fue despedida.
6. Que como quiera que estaba dispuesta a declarar, fue víctima de una persecución laboral, lo que resultó en que la empresa decidiera terminar su contrato sin justa causa.
7. Que laboró domingos cada quince (15) días, según la programación que se le entregaba, en una intensidad de cinco horas y que se refleja en las nóminas aportadas.
8. Que su horario de trabajo era de lunes a viernes, de 7:00 am a 12m, y de 2:00 pm a 6:00 pm y sábados de 7:00 am a 1:00 pm.
9. Que la demandada no le entregó toda la dotación establecida por Ley.
10. Que al momento de terminación de su contrato, presentaba patologías en su columna.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada**,** esta aceptó como ciertos los hechos 1, 2, 5, 6, como parciamente ciertos los hechos 7, 8, 10, 11, 15, el resto que no son ciertos; se opuso a las pretensiones manifestando que suscribió con la demandante, desde el día 11 de septiembre de 2012, varios contratos de trabajo, en diferentes modalidades, los cuales fueron pactados con autonomía de la voluntad, siendo el último un contrato a término indefinido, con fecha de iniciación 10 de julio de 2013, el cual terminó el 30 de abril de 2016 por un procedimiento de recorte de personal; indicó que no se tiene constancia de una información de presunto acoso laboral, y no existe incapacidad médica ni orden de reubicación, por lo que no es procedente el reintegro de la trabajadora y que ésta fue debidamente indemnizada con ocasión de su despido, habiéndosele cancelado en dicho momento, las prestaciones sociales a que tenía derecho.

Como excepciones de fondo propuso las de cobro de no lo debido, mala fe del actor, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia de la acción, inexistencia del contrato y prescripción de derechos laborales,

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 15 de mayo de 2018, resolvió absolver a la pasiva de las pretensiones incoadas en su contra.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que los diferentes contratos de trabajo existentes, se suscribieron de manera voluntaria, los cuales no menoscabaron los derechos de la trabajadora, siendo entonces totalmente válidos, y al haberse probado los pagos realizados a esta, acorde a la ley, no hubo lugar a efectuar condena alguna; igualmente se determinó que no se probó el acoso laboral alegado como causa del despido, y por tanto no procedían las pretensiones relacionada con estos hechos.

V. 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.** Alegó que en el presente caso, no obstante dar una exposición de los hechos y soportarlos con las pruebas con las que contaba, sus pretensiones no fueron atendidas favorablemente.

   Precisó que expuso la manera cómo su empleador dio por terminado su contrato de trabajo, aun habiendo expuesto antes sus representantes que su compañera estaba siendo objeto de acoso laboral y que ella era precisamente, testigo de los hechos que se estaban presentando.

   Por lo anterior, solicitó analizar cautelosamente los documentos, incluso la contestación dar por la demandada, y las declaraciones

recaudadas, donde se observan infinidad de elementos probatorios que concluyen la verdadera causa de la terminación del contrato de trabajo de la demandante.

Indicó que, para el 30 de abril de 2016, la empresa demandada debía cancelar o entregar la dotación de calzado y vestido de la labor a la cual tenía derecho, acreencia que no fue retribuida y que no fue objeto de decisión por el A quo.

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

VI. CONSIDERACIONES

Competencia. Por haber sido la sentencia de primera instancia contraria a las pretensiones del trabajador, la Sala asume la competencia para decidir el grado jurisdiccional de consulta de la misma, con fundamento en el artículo 69 del CPTYSS.

De conformidad con lo manifestado en el escrito de demanda, así como en la contestación de la misma, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si, como se alega la demandante, existió con la sociedad RANCORES Y MANGUERAS DE COLOMBIA S.A. un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, a partir del 11 de septiembre de 2012, y hasta el 10 de mayo de 2017, el cual se prorrogó de manera automática y fue terminado de manera anticipada y sin justa causa por la empleadora, debiéndose revisar si esto último se dio en virtud de una persecución laboral; de ser afirmativo lo anterior, se procederá a establecer si le asiste el derecho a la activa de percibir el pago de las acreencias pretendidas.

No se discute en el presente proceso la existencia de una relación entre la señora LUZ DARY VERA ESPINEL y la sociedad RANCORES Y MANGUERAS DE COLOMBIA S.A. a partir del día 11 de septiembre de 2012 y hasta el 30 de abril de 2016, regida por diferentes contratos de trabajo, lo cual fue aceptado por la demandada; sin embargo, discrepan las partes (i) en la modalidad contractual que primó en la realidad, (ii) en las circunstancias

que rodearon su terminación, así como (iii) en el monto de las cotizaciones efectuadas a las entidades del sistema de seguridad social integral.

CONTRATOS DE TRABAJO

Con el fin de resolver lo anterior, es preciso revisar las pruebas arrimadas al proceso, habiéndose encontrado los siguientes documentos relevantes:

- A folios 9 a 50 se observa el reglamento de trabajo de la empresa demanda.
- A folios 51 a 68 se allegan sendos contratos de trabajo suscritos por las partes en conflicto, en diferentes fechas y modalidades, así:

    - Tres contratos de trabajo individual de trabajo a término fijo: el primero de ellos con una duración de 2 meses, desde el 11 de septiembre de 2012 y hasta el 10 de noviembre de 2012; el segundo con una duración de 3 meses, vigente desde el 11 de noviembre de 2012 y hasta el 10 de febrero de 2013, y el tercero con una duración de 5 meses desde el 11de febrero de 2013 y hasta el 10 de julio de 2013.
    - Finalmente se encuentra un contrato de trabajo a término indefinido, suscrito de 10 de julio de 2013.

- A folios 70 a 72 se encuentran los documentos relacionados con las afiliaciones a las entidades de seguridad social integral y a folios 73 a 77 se allega el informe histórico de pagos de Asopagos.
- A folios 78 a 194 se observan los comprobantes de pago de los salarios cancelados a la trabajadora por parte de la demanda, así como las consignaciones de sus cesantías, el pago de sus intereses, primas de servicio y vacaciones, desde la primera quincena de 2012 hasta la segunda quincena de 2016, incluyéndose la entrega de dotación.
- A folios 195 a 197 se observa la liquidación de las prestaciones sociales y la indemnización por despido entregada a la demandante, el día 02 de mayo de 2016.

Las partes, en sus interrogatorios, indicaron lo siguiente:

La señora ESPERANZA PARRA DE BORREGO, actuado como representante legal de la demandada, manifestó que la demandante fue despedida porque la empresa estaba atravesando una difícil situación económica, por lo que debió hacer recorte de personal; que la gerencia nunca tuvo conocimiento de la situación de acoso laboral alegada.

Por su parte, la demandante LUZ DARY VERA ESPINEL manifestó que suscribió diferentes contratos con la demandada, de manera voluntaria; que laboraba domingos, pero todos fueron cancelados por la empresa, así como las prestaciones sociales y la dotación, la cual le fue entregada durante todo el contrato, excepto el último periodo; manifestó que nunca presentó una queja de acoso laboral ante el comité de convivencia, sino que iba a ser testigo de una queja que se iba a presentar

De los testimonios recaudados, se obtuvo la siguiente información:

La señora YURLEY ANDREA MANRIQUE manifestó que inició sus labores como asistente administrativa en racores y mangueras el 2 de febrero de 2015 fecha en la que la demandante ya trabajaba allí como cajera; que los problemas iniciaron a raíz de un acoso que le hacía la señora SANDRA BONILLA a la señora FANNY SANGUINO, de lo cual iban a ser testigos y unos días después de informar esto, le pasaron la carta de terminación de contrato a la demandante; indicó que los domingos se turnaban para trabajar y que por eso les pagaban más.

El señor JUAN CARLOS MONCADA CARRILLO precisó que se desempeña como coordinador de despacho en la empresa demandada; que lo contrataron inicialmente por un periodo de prueba de 2 o 3 meses y después indefinido y que así contratan a todos los trabajadores en la empresa.

De lo anterior, surge evidente que, a pesar de que fue equivocado el manejo otorgado a la relación laboral por parte de la pasiva, no advierte la Sala vulneración alguna de los derechos originados en la misma a favor de la trabajadora, debido a las siguientes razones:

Se tiene que las partes dieron origen a su relación a través de un contrato de trabajo a término fijo por dos meses, desde el 11 de septiembre de 2012 y que iba, en un comienzo, hasta el 10 de noviembre de dicha anualidad; y si bien, esto fue lo que se manifestó en el encabezado del documento, en su clausula séptima se indica que "los primeros dos meses del presente contrato se consideran como periodo de prueba y, por consiguiente, cualquier de las partes podrá dar por terminado el contrato unilateralmente, en cualquier momento durante dicho periodo. Vencido este, la duración del contrato será indefinida, mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo…", siendo estas manifestaciones contrarias, ya que no es posible pactar un periodo de prueba equivalente a la duración total del contrato, lo que haría de esto, una cláusula ineficaz.

Además de esto, se observa que al día siguiente del vencimiento del término del contrato inicial, es decir el 11de noviembre de 2012, se firmó un segundo contrato de trabajo, bajo la misma modalidad, con una duración de 3 meses, hasta el 10 de febrero de 2013; frente a esto, debe aclarar esta Sala que las partes no manifestaron su voluntad de terminar el primer contrato suscrito, con una antelación no inferior a 30 días, tal como lo dictamina el artículo 46 del CST, por lo que, el mismo se prorrogó de manera automática y por un mismo periodo, lo cual dejaría sin efectos este segundo contrato, así como el tercero de ellos, el cual fue pactado el día 11 de febrero de 2013, por un término de 5 meses, hasta el 10 de julio de dicha anualidad.

Entonces, los periodos que rigieron la relación contractual, bajo la modalidad de término fijo fueron los siguientes:

- Contrato inicial: del 11 de septiembre de 2012 al 10 de noviembre de 2012;
- Primera prórroga: del 11 de noviembre de 2012 al 10 de enero de 2013;
- Segunda prórroga: del 11 de enero de 2013 al 10 de marzo de 2013;
- Tercera prórroga: del 11 de marzo de 2013 al 10 de mayo de 2013; y de en esta fecha en adelante, las prórrogas serían con un periodo de un año cada una, hasta mayo de 2014, después mayo de 2015, y así sucesivamente.

Sin embargo, se evidencia que el día 10 de julio de 2013 se pactó un contrato de trabajo a término indefinido, entre las mismas partes y para ejercer la labor de cajera, la cual venía desarrollando la señora Vera Espinel desde el principio, contrato que, a pesar de haberse suscrito aun estando vigente el contrato a término fijo, es claro que no significó una desmejora en los derechos mínimos de la trabajadora, estando habilitadas las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, para mutar la modalidad que regiría su relación en adelante, respetando siempre, como se dijo, los derechos de la parte vulnerable de la negociación.

Igualmente, y en virtud a que **la terminación del contrato acaeció casi tres años después del cambio de modalidad contractual**, no es posible concluir que la misma se hizo con el fin fraudulento de menoscabar los derechos de la señora Vera Espinel, frente a una posible voluntad de la pasiva de terminar la relación y por tanto, de cancelarle una menor suma de dinero por concepto de indemnización; y esto es así, ya que al analizarse el escenario en el cual el contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 11 de julio de 2013 se declarara ineficaz, y por tanto sin efectos, y se hubiera seguido prorrogando el contrato inicial, en los términos expuestos, sus periodos serían del 11 de mayo de 2013 al 10 de mayo de 2014, posteriormente del 11 de mayo de 2014, al 10 de mayo de 2015, y finalmente del 11 de mayo de 2015 al 10 de mayo de 2016; y al haberse finalizado el contrato el día 30 de abril de 2016, su indemnización habría correspondido únicamente al salario de los días que faltaren para la expiración de la última prórroga, es decir 10 días, bastando para el efecto, haberle comunicado al trabajador a más tardar el 10 de abril de dicha anualidad, la voluntad de no continuar con el vínculo laboral.

Así las cosas, es menester DECLARAR la existencia de una relación de trabajo entre las partes, desde el 11 de septiembre de 2012 y hasta el 30 de abril de 2016, la cual estuvo regida en un primer momento por un contrato de trabajo a término fijo y posteriormente, a término indefinido, debiéndose ADICIONAR la sentencia consultada en este sentido.

Teniendo claro lo anterior, se observa que obran en el expediente las constancias de los pagos de los salarios y prestaciones sociales causadas durante la relación laboral declarada, así como las afiliaciones y pagos a las

distintas entidades de seguridad social integral, pagos estos que la misma demandante aceptó en su interrogatorio, haber recibido a conformidad, por lo que no hay lugar a impartir condena alguna en este sentido, debiéndose absolver además a la demandada, del pago de la indemnización consignada en el artículo 65 del CST pretendida.

PAGO DE DOTACIÓN

Solicitó la demandante que se condene a la demanda a pagar el valor en dinero de la dotación que debió entregar el día 30 de abril de 2016, que fue tasada por aquella en $150.000, afirmación que fue aceptada por la demandada, quien en su contestación manifestó estar dispuesta a cancelarla, por lo que consignó en Banco Agrario la suma de $200.000 a favor de la demandante (folio 340), debiéndose absolver a la demandada de esta pretensión.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO LABORAL

Alega la parte demandante que la terminación de su contrato de trabajo se generó al haberse visto involucrada en una situación de acoso laboral en la que una compañera iba a interponer una queja en este sentido, y aquella iba a ser testigo de su dicho, habiéndosele terminado su vínculo solo días después de esto; sin embargo, en su mismo interrogatorio de parte, la demandante manifestó que nunca se interpuso queja alguna ante el comité de convivencia y no se probó durante el proceso que el empleador hubiera tenido conocimiento, con anterioridad a la fecha del despido, de la ocurrencia de hechos que constituyeran el acoso laboral que, como alega la activa y su testigo Yurley Andrea Manrique, estaba teniendo lugar en la empresa; además, según lo manifestó la representante legal de la pasiva, la finalización del vínculo con la trabajadora tuvo como hecho generador la necesidad de realizar un recorte de personal y se le canceló a la trabajadora lo correspondiente a la indemnización por despido injusto consignado en el artículo 64 del CST, según documento visto a folio 197, la cual se liquidó por el periodo total del contrato, desde el 11 de septiembre de 2012 al 30 de abril de 2016, para un total de 83 días de salario, equivalentes a $2.233.253 lo cual se ajusta a derecho, debiéndose absolver a la pasiva del pago de esta indemnización pretendida en la demanda.

Igualmente, dado que la terminación del contrato se dio en observancia de la normativa laboral colombiana, no habiéndose probado las alegaciones de que el despido se dio con ocasión a un acoso laboral, no es procedente la pretensión encaminada a lograr el reintegro de la trabajadora a un cargo igual o superior del que venía ejerciendo, así como las consecuencias pecuniarias del mismo; y es que además, si bien en los hechos de la demanda se hizo mención a que al momento de dicha terminación, la señora Vera Espinel presentaba patologías en su columna, no se incluyó pretensión alguna relacionada con esto, ni fue objeto de debate el estado de salud de la misma.

VALOR DE LAS COTIZACIONES

Pretende la demandante que se condene a su empleadora al pago de la reliquidación de las cotizaciones realizadas a las entidades de seguridad social integral, teniendo en cuenta el valor real de su salario; al respecto se observa en los comprobantes de pago de nómina y en los contratos suscritos que la demandante devengó las siguientes sumas de dinero como salario, adicional a las cuales le cancelaron siempre el auxilio de transporte:

- En el 2012, según el contrato visto a folio 51, percibió $576.700.
- En el 2013, $589.500, según contrato visto a folio 59, suma que fue incrementada a $639.500 mensuales a partir del mes de marzo, según los comprobantes de pago vistos 90 a 109.
- En el 2014, su salario fue aumentado a $700.000 en el mes de febrero de acuerdo con los comprobantes vistos a folios 117 a 139.
- En el 2015, recibió una suma de $732.000 según los comprobantes aportados a folios 145 a 166, suma que se mantuvo en 2016.

Ahora, comparando estos valores salariales, con el histórico de pagos expedido por Asopagos SA allegado a folios 73 a 77, se observa que el ingreso base de cotización tanto para la pensión, como para salud, riesgos laborales y la caja de compensación, era superior a aquellos, no habiendo lugar a realizar condena alguna a la demandada en este sentido, debiéndosele absolver de esta pretensión incoada en su contra.

Así las cosas, se deberá CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 15 de mayo de 2018.

No se condenará en costas por cuanto se resolvió el grado jurisdiccional de consulta el cual opera por ministerio de la Ley.

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,

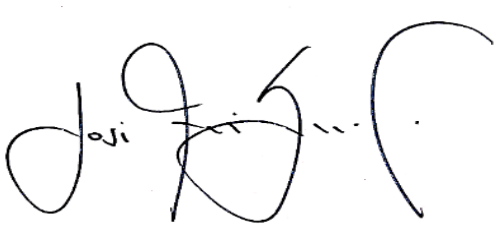
VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada proferida por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 15 de Mayo de 2018, en el sentido de DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre la señora LUZ DARY VERA y la sociedad RACORES Y MANGUERAS DE COLOMBIA S.A desde el 11 de septiembre de 2012 y hasta el 30 de abril de 2016, la cual estuvo regida en un primer momento por un contrato de trabajo a término fijo y posteriormente desde el día 10 de Julio de 2013, mediante un contrato a término indefinido.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, pero con fundamento en las motivaciones expuestas en la presente providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre 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
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2017-00121-01
Partida Tribunal: 18144
Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta
Demandante: Judith Gutiérrez Toloza
Demandada (o): PAR ISS
Tema: Contrato de Trabajo- Cesantías
Asunto: Consulta- Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto 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 apelación presentados por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 29 de mayo de 2018, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2017-00121-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18144 promovido por la señora JUDITH GUTIÉRREZ TOLOZA contra el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACIÓN- PAR ISS.

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. A N T E C E D E N T E S

La demandante por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra del PATRIMONIO AUTONÓMO DE

REMANENTES ISS EN LIQUIDACIÓN pretendiendo que se declare que el cargo que desempeñó en la realidad corresponde al de TÉCNICO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS- Grado 24, y no al que formalmente le asignó la empresa en el nivel OPERATIVO, como AYUDANTE, con funciones de aseo en las instalaciones de la entidad; que se declare la inaplicación del artículo 62 de la CCT y que por tanto es beneficiaria de la retroactividad de las cesantías y que se declare que la demandada no tuvo en cuenta la totalidad de factores salariales señalados convencionalmente para la liquidación de las cesantías; que en consecuencia se ordene al PAR ISS a reliquidar los salarios, prestaciones, indemnización por despido injusto y las cesantías, así como la indemnización moratoria de la Ley 749 de 2949.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 175 a 186 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que fue vinculada mediante contrato de trabajo a término indefinido para laborar en el cargo de ayudante de servicios administrativos a partir del 23 de julio de 1991 hasta el 31 de marzo de 2015, fecha en la que fue desvinculada por decisión unilateral del ISS en liquidación al extinguirse la entidad.
2. Que fue beneficiaria de la CCTV del ISS.
3. Que el 27 de noviembre de 2014 mediante oficio 008720 el ISS le ofreció un retiro programado y le entregaron la liquidación definitiva de prestaciones sociales donde se señaló como fecha de vinculación el 29 de noviembre de 1996.
4. Que el ISS mediante resolución No. 8270 del 3 de marzo de 2015 reconoció el pago de la liquidación de las prestaciones sociales, cesantías e indemnización por desvinculación estableciendo como extremos del 29 de mayo de 1997 hasta el 31 de marzo de 2015.
5. Que interpuso los recursos y los actos fueron confirmados, lo cual, no tuvo en cuenta todo el tiempo laborado, además, no es válido la aplicación del art. 62 de la CCTV en lo pertinente a la congelación de la retroactividad de las cesantías, así mismo, no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

EL P.A.R.I.S.S por intermedio de su apoderado judicial dice no constarle los hechos y se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra, manifestando que la obligación de esta entidad, es la de seguir atendiendo los procesos judiciales iniciados contra la extinta ISS antes del 31 de marzo de 2015, sin que ello implique subrogación legal o sucesión procesal. Que en la planta de personal del extinto ISS existían empleados públicos que no estaban inscritos en la carrera administrativa, razón por la cual, la supresión de su empleo los ubicó automáticamente la situación de retiro, en tanto no era procedente el derecho a la reincorporación o indemnización. Además, que el ISS pago la indemnización dispuesta en la convención y no en la norma legal por ser la más favorable.

Propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación, la inexistencia de contrato de trabajo o prestación de servicios, el cobro de lo no debido, inepta demanda y la buena fe.

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 29 de mayo de 2018, resolvió condenar a la pasiva al pago de la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales a favor de la demandante, absolviendo a aquella de las demás pretensiones incoadas en su contra.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que se probó que el cargo ejercido por la demandante en la realidad, era jerárquica y salarialmente superior al que ostentaba, por lo que era procedente la reliquidación de los salarios y prestaciones que le fueron canceladas, teniendo en cuenta los derechos que se encontraban prescritos. Con relación a la retroactividad de las cesantías, resolvió que la congelación acusada fue producto de la negociación llevada a cabo por el sindicato de trabajadores, por tanto tiene plena validez.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Al encontrarse en desacuerdo, de manera parcial, con la anterior sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, con relación a los siguientes aspectos:

- Consideró que la excepción de prescripción fue equivocadamente declarada, ya que se debe tomar la fecha de la terminación del contrato o vinculación laboral, siendo está el 31 de marzo 2015, toda vez que la reclamación y la demanda fueron impetradas dentro de los tres años siguientes a la terminación de la relación laboral; por ende la fecha a partir del cual debe tomarse para contar el término prescriptivo es el 31 de marzo de 2015, tres años hacia atrás, siendo desde el 31 de marzo de 2012, con las excepciones de cesantías, a la cual no se aplica la prescripción y las vacaciones que aplica al cuarto año.

- Consideró que debe accederse a la imposición de la indemnización moratoria con ocasión a la reliquidación que aquí se pretendió, pues como lo ha señalado reiteradamente la honorable Corte Suprema de Justicia, la imposición de esta moratoria, si bien es cierto no es automática pues depende de la buena y mala fe con la que hubiese actuado, lo cierto del caso es que hay una excepción a la presunción de la buena fe ya que de acuerdo a la línea jurisprudencial es carga de la prueba del que pretenda exonerarse en la imposición de la indemnización moratoria, demostrar la buena fe con la que actuó, y para el caso de estudio, la parte demandada nada hizo para justificar su actuar, pues muy al contrario se demostró que la demandante efectuó múltiples peticiones solicitando el ascenso de cargo y la demandada siempre guardó silencio, sin modificar entonces el salario devengado.

- En cuanto a la reliquidación por retroactividad de cesantía, indicó que se demostró que la demandante ingresó a laborar al instituto de seguros sociales el 2 de mayo de 1996, con anterior a la vigencia de la ley 344 de 1996 al igual que el decreto 252 de 2000, normas que

establecen la aplicación del sistema retroactiva de la cesantía haciéndole por tanto totalmente aplicables; que la congelación de la retroactividad de las cesantías por espacio de 10 años, esto es 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2011, es desfavorable a los intereses de la trabajadora y por ende vulnera sus derechos; que así mismo, ella no dio autorización alguna para la pérdida del beneficio de la retroactividad de las cesantías. Para sostener esta posición, citó jurisprudencia, según la cual, en casos similares, se establece que la retroactividad de las cesantías no se pierde para aquellos trabajadores que, siendo beneficiarios de la convención colectiva de trabajadores de ISS, hayan ingresado a laborar a la entidad con anterioridad 27 de diciembre de 1996 fecha de entrada en vigencia de la ley 344 de esa anualidad.

- Con relación a la liquidación del auxilio a las cesantías, manifestó que la demandada no lo hizo en debida forma, pues no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales establecidos en la convención colectiva de trabajo vigente 2001-2004, la cual en su artículo 62 establece que para efectos de liquidar las cesantías se tendrán en cuenta los siguientes factores: asignación básica, prima de vacaciones, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos auxilio alimentación y transporte viáticos; que el instituto de seguro social al momento de liquidar el valor de la cesantías tuvo en cuenta total del salario básico mensual pero interpreta que los demás factores salariales corresponden solamente una doceava parte, interpretación esta que no es aceptable, y es menos favorable a los intereses del trabajador pues de la lectura del artículo no es posible establecer esto, sino al contrario, se concluye claramente que se deben tener en cuenta los factores señalados sin establecer porcentaje alguno.

2. **PARTE DEMANDADA**

Apeló la entidad el numeral primero en la condena impuesta, teniendo en cuenta que el despacho deja de un lado la mala fe con la que actúa la señora Judit Gutiérrez, pues ella se desempeñó en virtud de un encargo y desde el principio la misma no hizo ninguna solicitud formal o reclamación a través de una instancia judicial, eso teniendo en cuenta que la demandante actuó y tuvo

el cargo de 1998 y sólo hizo su reclamación hasta el 31 de marzo del 2015 o una fecha posterior; que se evidencia que hay mala fe por parte de la demandante; que así mismo no medió ningún acto administrativo por el cual fuera prorrogado el encargo, si bien es cierto se dio sólo en procura de una recomendación médica, ésta no era prorrogable; así mismo no hay razón a la condena impuesta a la entidad, teniendo en cuenta de que no se mejoró en ningún momento cuando se dio el encargo forzosamente por recomendaciones médicas, razón por la cual se le canceló el 31 de marzo una liquidación de las acreencias, basado en el salario devengado.

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.** Presentó la parte sus alegatos, con respecto a los siguientes aspectos:

   a. PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES – RELIQUIDACION DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES, INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO Y DEMAS EMOLUMENTOS LABORALES DEVENGADOS. El primer reparo que indicó de la sentencia es que esta pretensión si bien prosperó, considera que equivocadamente se tomó el menor salario correspondiente al Grado 15 cuando debió ser el Grado 24, para determinar las condenas a favor de la demandante.

   Indicó que las funciones para el cargo de TËCNICO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS, son las mismas para los diferentes Grados, de conformidad con el Decreto y la Resolución que gobiernan el tema, y que, respecto a ese punto, es evidente tal y como se demostró con las pruebas recaudadas, la demandante ejecutó las funciones correspondientes a dicho cargo.

Que, en tal sentido es el reparo a la sentencia, pues para acceder a los diferentes Grados dentro de dicho cargo, lo único adicional que se debía demostrar era el cumplimiento de las calidades académicas o la experiencia en el desempeño del cargo, que para el caso fue más de 18 años, en aplicación de la convención colectiva, su asignación correspondía al Grado 24 y no al Grado 15 que como se dijo anteriormente, equivocadamente tomó el juzgador de instancia, sin detenerse a analizar los requisitos que se requerían para los ascensos , los cuales cumplía a cabalidad la demandante; ascensos que además solicitó en reiteradas ocasiones, y en ese sentido, solicitó la modificación de la sentencia impuesta, para proceder a reliquidar sus salarios, cesantías, vacaciones y demás prestaciones sociales legales y convencionales, a favor de la señora GUTIEREZ, con el salario correspondiente al TECNICO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS – Grado 24, demostrado dentro del expediente.

b. RELIQUIDACION POR RETROACTIVIDAD DE CESANTIAS. Indicó respecto a esto, que se han proferido nuevas decisiones por parte de la H CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL, donde claramente se ha establecido que aquellos acuerdos colectivos cuyo objeto es alterar los parámetros definidos en un instrumento colectivo, UNICAMENTE tiene validez cuando pretendan mejorar las condiciones pactadas y en consecuencia aquellos que desmejoren los derechos extralegales de los trabajadores NO PRODUCIRAN EFECTOS dentro del ordenamiento jurídico.

c. INDEMNIZACION MORATORIA. Indicó que si bien en casos similares la Corte Suprema de Justicia absuelve al PAR-ISS, con la tesis de la Extinción jurídica del ISS, pero esta posición es tomada por la H CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, para frenar la condena a dicha Indemnización mas no para no establecerla.

Que con esa posición asumida por este Tribunal, se acepta por parte del ente público, la burla a las leyes laborales, pues es evidente la mala fe con que actuó dicha entidad, al mantener con salario de aseadora durante más de 18 años, a una persona que prestó sus servicios como profesional, habiéndole solicitado su ascenso en

repetidas ocasiones, con lo cual es claro que se quiso burlar la ley laboral para no pagar en debida forma su salario y demás acreencias laborales.

Que para este caso en estudio no es procedente aplicar esta tesis, ya que no serían las mismas situaciones fácticas de los decididos por la Corte Suprema de Justicia, muy al contrario, sí existe una posición de esta CORPORACION donde aplica la Indemnización moratoria a una empresa YA LIQUIDADA y ordena su pago por parte del PAR que la representa para efectos de pago de sentencias judiciales.

2. **PARTE DEMANDADA.** Alegó la entidad demandada, que el Juez A quo no tuvo en cuenta la tacha de testigos realizada por esta.

Indicó que el juez sin mediar argumento alguno en la parte resolutiva dentro de sus numerales emite una condena, sin haber por lo menos declarado la existencia y el sustento de la misma, reflejando un masivo desacierto formal y procesal, que a todas luces menoscaba la norma sustancial y los principios generales del derecho laboral.

Con relación a la liquidación según las funciones desempeñadas, por las cuales no estaba nombrada, sino que inicio a realizar de manera voluntaria, consideró que no está llamada a prosperar teniendo en cuenta que tales funciones no fueron reconocidas mediante acto administrativo de nombramiento o de asenso que hubiese sido lo más normal, además teniendo en cuenta como es de conocimiento para acceder a ser un empleado público de deben cumplir unos requisitos propios del cargo, de lo cual la aquí demandante no cumplía tales requisitos propios del cargo mencionado, requisitos señalados en la resolución 2800 de 1994; que aunado a ello, no se puede determinar solo con funciones que la mentada fuera acreedora a dicha liquidación sin mediar documento público que lo validara, ni haber ostentado funciones para ser acreedora a los pagos solicitados.

Manifestó que la demandante es beneficiaria de la convención colectiva entre el gobierno nacional y Sintra seguridad social en octubre de 2001, así como lo señala la parte actora en sus hechos, que los

beneficiarios a esta convención aceptación que a partir del año 2002, cambiara su régimen de cesantías retroactivas al régimen de cesantías anualizadas, como lo señala el artículo 62 de la CCT por el término de 10 años.

Por último, con relación a que no tuvo en cuenta la totalidad de los factores señalados convencionalmente para tal fin, indicó que esto se cae de su propio peso al no ser beneficiario del régimen de cesantías retroactivas, por ende, no le era aplicable como factor salarial a la hora de su liquidación definitiva.

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; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria al PAR ISS, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de Apelación, **los problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala se reducen a determinar lo siguiente:

i. Si se debe declarar que el cargo que desempeñó la demandante en la realidad, corresponde al de TÉCNICO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS- Grado 24, y no al que formalmente le asignó la empresa en el nivel OPERATIVO, como AYUDANTE, con funciones de aseo en las instalaciones de la entidad, y de ser afirmativo, estudiarse si se debe condenar a la entidad a la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales que percibió, así como a la indemnización consignada en la Ley 749 de 1949, revisándose la declaratoria de prescripción realizada por el A quo.

ii. Si es procedente declarar la inaplicación del artículo 62 de la CCT y que por tanto es beneficiaria de la retroactividad de las cesantías;
iii. Si es procedente que se declare que la demandada no tuvo en cuenta la totalidad de factores salariales señalados convencionalmente para la liquidación de las cesantías.

No se discute en el presente proceso la existencia de una relación entre la señora JUDITH GUTIÉRREZ TOLOZA y el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL a partir del día 08 de mayo de 1996 y hasta el 31 de marzo de 2015, lo cual se alega en la demanda, y se prueba mediante la liquidación de prestaciones sociales y bonificación de retiro, vista a folios 8 y 9 del expediente; sin embargo, alega la demandante que el cargo que ostentaba, Ayudante- Sección Servicios Generales, no correspondía con el de las funciones que en la realidad ejercía, las cuales eran desarrolladas por un Técnico de servicios administrativos- Grado 24.

Así las cosas, se debe dar aplicación a lo reglado por el artículo 53 de la Carta Política, el cual consagra el principio de *"primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales"*, formulación protectora del trabajador que, en esencia, hace prevalecer siempre los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos formales. Dicho de otra manera: interesa es lo que sucede en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido.

Igualmente, conforme al principio general de la carga de la prueba contemplado en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual es aplicable a nuestro Procedimiento Laboral por integración normativa del artículo 145 del C.P.L., quien pretenda beneficiarse de los efectos jurídicos consagrados en una norma debe probar los supuestos de hecho consagrados en ella.

En este entendido, si la parte demandante pretende que se declare que, en virtud del desarrollo de su contrato de trabajo con la demandada, ejercía funciones que correspondían a un cargo de mayor jerarquía y sueldo, debe aportar al juicio, elementos de convicción que tenga la virtualidad de demostrarlo, siendo necesario revisar el haz probatorio incorporado, el cual consta de los siguientes materiales:

- A folio 4 se allega una certificación de funciones ejercidas por la demandante, expedida por el ISS el día 10 de enero de 2012, respectivamente, según la cual, en el cargo de AYUDANTE en la dependencia de SECCIÓN DE SERVICIOS GENERALES, aquella se encargaba de (i) Recepción, organización y archivo de correspondencia enviada y recibida interna y externa; (ii) atención al público y recepción de información de medicina laboral e historias clínicas; (iii) solicitud de historias clínicas y entrega de las mismas; (iv) envío mensual de estadísticas de historias clínicas; (v) programación de pacientes de medicina laboral; (vi) notificación de dictamen a los usuarios de medicina laboral; (vii) apoyo en información para tutelas al dpto jurídico; (viii) respuesta a los derechos de petición recibidos, y (ix) solicitud de CDP y RP para desplazamiento de pacientes; a folio 5 se allega igualmente una certificación expedida por la entidad el día 21 de enero de 2013, según la cual la demandante se desempeñó en la dependencia de BIENES Y SERVICIOS, realizando las funciones de (i) archivo de correspondencia recibida y enviada interna y externa; (ii) atención al público; (iii) recepción de información telefónica; (iv) solicitud a la entidad correspondiente de historias clínicas requeridas por los usuarios y (v) las demás funciones asignadas por el jefe inmediato.
-
- A folios 6 a 11 se encuentran los documentos relacionados con la liquidación definitiva de prestaciones sociales de la demandante, y el ofrecimiento del retiro consensuado realizado por el ISS.

- A folios 17 a 20 se observan diversas solicitudes de ascenso realizadas por la demandante a la entidad, en mayo de 2004, agosto de 2009 y noviembre de 2012, respectivamente.

- A folios 20 a 98 se allegan los documentos relacionados con la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL 2001-2004.

- A folios 99 a 116 se aporta la resolución 2800 de 1994 mediante la cual se establece el Manual de Funciones y Requisitos para el desempeño de los empleos del ISS.

- A folio 117 se encuentra una comunicación de fecha 11 de abril de 1997 en la cual el señor Antonio José Llanes Garcés, actuando como Coordinador Gerencia de Riesgos Laborales, le informa al señor Sergio Corredor Jauregui, Gerente IPS del ISS, que la demandante "viene siendo tratada por Dermatología por cuadro diagnosticado como DERMATITIS DE CONTACTO por hipersensibilidad a Jabones, Detergentes, etc, a pesar del uso de guantes. En la actualidad presenta cuadro Agudo" y por esto solicitó "reubicar laboralmente a la señorita Judith en un puesto de trabajo donde no esté en contacto con las sustancias descritas".

- A folios 128 a 167 se encuentran diferentes comunicaciones y correos electrónicos enviados por y a la demandante, referentes a diversas actuaciones administrativas, como entregas de historias clínicas, de estadísticas, entre otras.

- A folio 168 se encuentra el diploma de la Fundación de Estudios Superiores Comfanorte a nombre de la demandante, según el cual esta es Tecnóloga en Administración Financiera.

- A folios 242 a 250 se allegan la copia de los salarios devengados por un funcionario que desempeñó el cargo de Técnico Administrativo desde 1976, así como una certificación expedida por el ISS, donde consta la fijación de los salarios correspondientes al Nivel Técnico desde 1998 y hasta el 2013, información esta que también se aporta a folios 259 y 260.

Así mismo se recepcionaron los testimonios de los ex trabajadores del ISS César Ignacio Orozco Morales, José Román Rosso niño, Edison Orlando Urbina Galaviz, Ana Aidé delgado, de lo cual se logró extraer la siguiente información:

El señor CESAR IGNACIO OROZCO MORALES, quien se desempeñó como coordinador del centro de atención pensiones del seguro social desde el año 2007 hasta el año 2013, aproximadamente, señaló que conoce a la demandante ya que trabajaron juntos en la entidad; que aquella trabajó en el centro de atención pensiones del seguro social a partir del año 2010 hasta que se liquidó la entidad; que incluso después de esto ella continúo también ahí en un tiempo trabajando; que ella era la encargada de todo el proceso de

Medicina laboral, era la persona encargada de hacer todo, lo de preparar todo para la cita, las valoraciones de los pacientes por pérdida de capacidad laboral, de enviar la información que se requería, de redactar los informes, de hacer las revisiones a la junta Regional del departamento. Precisó que ingresó al seguro social en 1996 y ahí conoció a la demandante, quien ingresó en el mismo año; que ella trabajaba en la parte de la clínica en el área de servicios generales y de ahí por un problema que tuvo de enfermedad laboral, la reubicaron; que era la persona encargada de hacer todo lo que correspondía a horarios y control de los conductores de ambulancia; que después la enviaron al área administrativa donde estaba funcionando la gerencia cuando en ese momento eran tres negocios; que luego se vino la separación de los negocios y ella pasó a prestaciones económicas, estuvo en afiliación y registro, en bienes y servicios y a partir del 2010 ella fue adjudicada al centro de atención pensiones encargada de la medicina laboral de la parte del proceso de Medicina laboral. Manifestó que el cargo de la demandante era como un cargo técnico, porque la funcionaria que estaba desempeñando el cargo de Medicina laboral por medio de contratista y que salió, era técnica de servicio administrativos y la demandante llegó a reemplazarla. Informó que la demandante tenía a su cargo los jóvenes practicantes de los colegios, en el área de medicina laboral. Indicó que a partir del 2010 y hasta el 2013 la demandante fue su subalterna

El señor ROZO NIÑO manifestó que ingresó a la entidad en 1995 en el cargo de portero, en servicios generales; que la demandante se encargaba del tema de la facturación, después pasó a afiliaciones y registro, en la recepción de documentos de servicios en la clínica, y en la parte de riesgos laborales ella manejaba las historias; le organizaba la agenda al médico laboral que venía de Bogotá.

El señor EDISON ORLANDO URBINA GALAVIZ ingresó a la entidad demandada en mayo de 2007 a la oficina jurídica, donde conoció a la demandante; narró que ella hacía parte de la oficina de registro y afiliación; que en ese momento la directora de afiliaciones era la doctora Cecilia Palacios; que después aquella pasó a ser la encargada de historias clínicas y posteriormente, más o menos por el último trimestre del año 2010, la encargaron de la parte de Medicina Laboral.

La señora ANA AIDÉ DELGADO, indicó que ingresó a laborar en la entidad en el año 1997, época en la cual la demandante llegó la oficina de facturación que era “cuando un paciente salía por XY procedimiento que le hiciera, ella era la que recolectaba toda la información y elaboraba la factura correspondiente para el recobro que se hacía”; que mas adelante, la demandante trabajó con ella en recaudo y cartera, y después pasó a afiliación y registro, y luego a bienes y servicio, y ms adelante la trasladaron a pensiones, en la parte de medicina laboral y manejo de historias clínicas; que ya del 2013 al 2015 las funciones de las personas no eran claras, había que hacer “lo que apareciera”, que debían foliar, enviar cajas, organizar la entrega, sin atención al público.

Analizados estos medios de convicción de manera individual y en su conjunto, se concluye, sin lugar a duda, que si bien la trabajadora ingresó a prestar sus servicios al extintito ISS en el cargo de ayudante, en el nivel operativo, realizando funciones relacionados con el aseo, debido a una reubicación por dermatitis, al ser alérgica a los productos de limpieza, se desempeñó en tareas que corresponden al cargo de técnico de servicios administrativos.

En efecto, conforme a la Resolución 2800 de 1994 (folios 99 a 116) por medio de la cual se establece el manual de funciones y requisitos para el desempeño de los empleos del Instituto de Seguros Sociales, en su artículo 53 prevé dentro de su planta de personal en el nivel técnico el cargo de técnico de servicios administrativos; así mismo, los testigos son coincidentes y unísonos en señalar que la actora, durante su permanencia en el ISS, ejerció el cargo de técnico en las diferentes dependencias de facturación, en recaudo y cartera, afiliaciones y registro, y por último en el área de medicina laboral, donde entre otras cosas, manejaba las historias clínicas, asignaba citas, preparaba informes y estadísticas, lo que se evidencia además, de las comunicaciones y correos electrónicos aportados así como de las certificaciones de funciones vistas a folios 4 y 5, funciones aquellas que coinciden con las enlistadas en el artículo 11 de la renombrada Resolución; incluso el señor Orozco Morales indicó que la demandante reemplazó a un a contratista que era técnica de servicio administrativos, en el área de medicina laboral; testimonios estos que para la Sala son válidos, al ser personas que tenían conocimiento del desarrollo de las actividades de la trabajadora y de

la manera cómo se devolvía el día a día en la entidad, por lo que la tacha de los mismos propuesta por la pasiva, no se considera de recibo.

En otras palabras, las probanzas apuntan a que Judith Gutiérrez Toloza, ejecutó las funciones de técnico de servicios administrativos y no las de ayudante del nivel operativo, como pretendió hacer la entidad, al estar estas últimas, relacionadas con actividades de "operador de calderas, operador de máquinas, acarreador, ascensorista, empacador, aseo, cafetería, cocina, lavandería, ropería, mantenimiento, alimentación a pacientes, jardinero y cocinero" según lo preceptuado en el artículo 63 de la Resolución 2800 de 1994 (folio 115).

Determinado el cargo de técnico de servicios administrativos desempeñado por la actora, le asignó el A quo el grado 15 dentro del escalafón establecido, encontrando la Sala que esta decisión es acertada, por tratarse de una reubicación según lo reseñado en el artículo 33 CCT del ISS, y ser tal grado el del nivel más bajo, según lo establecido en el artículo 53 ibidem (folio 109), esta interpretación se ajusta a derecho, decisión que por demás no fue motivo de inconformidad por la demandante en su recurso de apelación, y únicamente la mencionó en sus alegatos de conclusión, no siendo la oportunidad para esto, debiéndose entonces CONFIRMAR la misma.

PRESCRIPCIÓN

Alega la demandante que para hacer el cálculo de la prescripción parcial de derechos decretada por el A quo, se debe tomar la fecha de la terminación del contrato o vinculación laboral, siendo está el 31 de marzo 2015, toda vez que la reclamación y la demanda fueron impetradas dentro de los tres años siguientes a la terminación de la relación laboral, considerando que la fecha a partir del cual debe tomarse para contar el término prescriptivo es el 31 de marzo de 2015, tres años hacia atrás, siendo desde el 31 de marzo de 2012, con las excepciones de cesantías, a la cual no se aplica la prescripción y las vacaciones que aplica al cuarto año.

Al respecto debe decirse que no le asiste razón al apelante, ya que en este caso si bien la relación finalizó el 31 de marzo de 2015, la reclamación administrativa fue recibida en la entidad el 13 de febrero de 2017, teniendo

esta la capacidad de interrumpir el término prescriptivo, y al haberse presentado la demanda dentro de los tres años siguientes, el 30 de marzo de 2017, es claro que se encuentran prescritos los derechos laborales causados con anterior al 13 de febrero de 2014, con excepción de las cesantías, como bien fue establecido por el A quo.

Para el caso de las vacaciones, no es cierto como lo afirma la activa que el término prescriptivo corresponda a 4 años, sino que, la exigibilidad de las mismas se cuenta a partir del cumplimiento de 1 año de servicios, y es a partir de tal, de donde se contabiliza el término prescriptivo, teniendo el trabajador un año para disfrutar sus vacaciones.

Por lo anterior, se tiene que le asiste razón al apelante en cuanto las vacaciones correspondientes al periodo entre mayo de 2012 y mayo de 2013 no se vieron afectadas por el fenómeno extintivo, debiéndose MODIFICAR la condena impuesta en este sentido, CONDENANDO a la entidad demandada al pago de las vacaciones, a favor de la demandante, desde el 08 de mayo de 2012 y hasta el 31 de marzo de 2015, debiéndose CONFIRMAR la prescripción de los demás derechos laborales.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA. LEY 797 DE 1949

En lo que tiene que ver con la indemnización moratoria del artículo 1 de la Ley 797 de 1949 para el sector oficial, como es sabido no es de aplicación automática, sino que, depende de la presencia o no de una buena fe, en el actuar del empleador, buena fe, que se traduce en la rectitud de una conducta. En otras palabras, no es que se presuma la buena fe o que deba demostrarse su ausencia, sino que la indemnización opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su actuar, que respalden un comportamiento asistido de la misma, es decir recto y leal. (Ver sentencias SL15.507-2015, SL8216-2016 y SL6621-2017).

A pesar de lo anterior, más allá de que el actuar del ISS estuviese o no asistido de buena fe, al tenerse que el contrato de trabajo de la demandante terminó el 31 de marzo de 2015 (folio 11), data en la cual se liquidó de manera definitiva el ISS, no es posible condenar a la sanción aludida, como ha

previsto la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral en sentencia como la SL 194 de 2019. Esto, en virtud, de que luego de la liquidación de la entidad aludida, esta perdió la posibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones que pudiesen estar a su cargo.

Nótese que el alto tribunal ha considerado que, con la extinción definitiva de la entidad, la obligación se tornó de imposible ejecución y, en tal virtud, se presenta el fenómeno de la inimputabilidad de la mora, por tanto, no es viable extender la sanción más allá del 31 de marzo de 2015.

Así, lo ha entendido en los eventos de disolución y liquidación de entidades en los que tampoco es posible emitir orden de reintegro o de reinstalación más allá de la existencia de la entidad, entonces. Lo mismo sucede en tratándose de la sanción moratoria dado que no es lógico condenar por la demora en la atención de obligaciones a quien se encuentra imposibilitado para cumplir.

Bajo estos parámetros, se absolverá a la entidad de la condena por concepto de sanción moratoria, debiéndose CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en este sentido.

RETROACTIVIDAD DE LAS CESANTÍAS

En lo tocante con la impugnación frente a la decisión sobre el congelamiento de la retroactividad de la cesantía por diez años, establecido en el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el ISS y SINTRA SEGURIDAD SOCIAL 2001 – 2004 (folio 47), se observa que así se pactó a partir del 1º de enero de 2002, **a cambio del pago de intereses del 15% anual** sobre la cesantía retroactiva liquidada a 31 de diciembre de 2001, a más del 12% de la cesantía anualizada.

Al tenor de ese acuerdo convencional, cabe decir que, los trabajadores no renunciaron a la cesantía, ni siquiera al régimen retroactivo de liquidación; lo que pactaron fue suspender temporalmente una modalidad de liquidación de cesantía para aplicar otra autorizada en la ley; con una contraprestación adicional: percibir doble pago de intereses: 15% por la cesantía congelada y 12% por la anualizada.

En efecto, la liquidación anualizada de la cesantía no desconoce el mínimo de derechos laborales, de hecho, está prevista en el artículo 98 de la Ley 50 de 1990 con la posibilidad que los trabajadores con contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de la misma, puedan acogerse a ese régimen. Incluso, se aplica a trabajadores oficiales conforme a los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 1º del Decreto 1582 de 1998. De manera que, al no ser el artículo 62 convencional una estipulación que desmejore la situación del trabajador **frente a lo que establece la legislación**, es posible concluir que no se está ante una cláusula ineficaz (utilizando la expresión del artículo 43 del CST), a *contrario sensu* se tiene un acuerdo válido conforme al artículo 467 del CST, en el que a cambio del congelamiento temporal de la liquidación retroactiva de la cesantía se obtuvo el pago de intereses en cuantía superior a la establecida por el legislador. Por lo tanto, no es viable aducir simplemente que se produjo un perjuicio, como dijo la activa en el recurso, pues, se itera, que la cláusula convencional no estipuló la renuncia a un derecho, ni se desmejoró la situación del trabajador **en relación con lo que establece la legislación**. En consecuencia, no prospera la impugnación al respecto.

En lo referente al argumento dado en el recurso de apelación de la demandante, de que era beneficiaria del régimen retroactivo por haber ingresado al ISS antes de la vigencia de la Ley 344 de 1996 y por ende no se podía congelar su régimen retroactivo de las cesantías, no es necesario entrar a desarrollar tal, en la medida en que, lo cierto es que la misma en el libelo demandatorio señala que entró a laborar al ISS el 02 de mayo de 1996, lo cual se corroboró con el acervo probatorio antes mencionado, y, en consecuencia es claro que su vinculación se dio con posterioridad a la vigencia de la ley 344 de 1996, que entró a regir el 27 de diciembre de 1996.

Pasando al segundo argumento del apelante, esto es el fundamento jurisprudencial de sus pretensiones, advierte el apoderado que existen al menos 2 precedentes judiciales donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resuelve aplicar la modalidad de liquidación retroactiva de las cesantías y que no pueden ser objeto de desconocimiento; pues bien, se tiene que revisada la sentencia del 19 de julio de 2007 en radicado 30.234 se limita a expresar que no encuentra defecto en la norma aplicada sin explicar la validez o no del artículo 62 de la convención

demandada y la providencia SL5523 de 2016 al momento de identificar la norma aplicable para la liquidación, no hace mención alguna de la convención colectiva del trabajo.

Por ende, mal podría afirmarse que estos precedentes hacen resolución de casos idénticos y que son de imperiosa aplicación por parte de esta Sala de Decisión, pues el problema jurídico allí desarrollado no se corresponde con la validez del pacto colectivo contenido en el demandado artículo 62 de la C.C.T.; por el contrario, los razonamientos previamente esbozados para resolver el primer argumento son plenamente respaldados por las consideraciones de la providencia SL1924 del 29 de mayo de 2019 (Rad. 68.690) donde la Sala de Casación Laboral específicamente aborda una demanda sobre la posibilidad de inaplicar el artículo 62 de la Convención por desmejorar el sistema de retroactividad de cesantías sin el consentimiento personal del trabajador.

Refiere en dicha sentencia la Corte, que en previos pronunciamientos ha resaltado tanto la naturaleza de las convenciones colectivas de trabajo como su fuerza normativa y el contenido de sus acuerdos; señalando que el artículo 62 fue resultado de una negociación entre la entidad y el sindicato, entre cuyos fines estaba “gestionar recursos necesarios para atender los compromisos del ISS con sus funcionarios y jubilados a partir del 1° de septiembre del 2001, para lo cual se comprometían a «Revisar los costos administrativos, incluidos los laborales y convencionales», de tal forma que se garantizara la viabilidad económica que asegurara la financiación de las obligaciones pensionales a cargo del ISS, como empleador, respetando los derechos de los usuarios y trabajadores, dentro de un modelo de concertación” y que “dentro del marco de los compromisos adquiridos en las medidas cooperadas adoptadas, en ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva y en ejercicio de la autonomía de la voluntad, acordaron un nuevo régimen de cesantías para todos los trabajadores oficiales del ISS”.

Concluyendo sobre el fondo del asunto que “La estipulación convencional transcrita deja claro, que se trata de un acuerdo temporal que congela la retroactividad de las cesantías por diez años, no contiene una renuncia al régimen de retroactividad y tampoco «puede calificarse contraria a los

principios y derechos fundamentales de los trabajadores. Ello debido a que fue el producto de la autocomposición libre y voluntaria del sindicato y la empresa» (CSJ SL16811-2017), esto en desarrollo de los compromisos que adquirieron las partes para superar la situación crítica financiera que afectaba el funcionamiento del ISS" y que respetó los derechos adquiridos por cuanto "solo se afectan las cesantías futuras, que por no haberse causado constituían una simple expectativa susceptible de negociación, encontrándose el sindicato para estos efectos investido de plenos poderes por parte de los trabajadores incluida la accionante, ello, como ya se indicó, en consonancia con lo expresado en el artículo 435 del CST".

Agregando la Corte que "los negociadores que representaban la organización sindical estaban investidos de plenas facultades para dialogar y cerrar acuerdos en nombre de los trabajadores; por tanto, en ejercicio de tales facultades, libres de coacción y con la anuencia expresa y enteramente voluntaria de ellos, convinieron acogerse por algunos años temporalmente al régimen anualizado de cesantías, por lo que no es dable, ahora pretender desconocer los términos del pacto convencional" y no existe posibilidad de afirmar desconocimiento de derechos mínimos e irrenunciables por cuanto "a partir de la vigencia del Decreto 3118 de 1968, se procedió en el sector público al desmonte del sistema de liquidación retroactiva del auxilio de cesantía y a la instauración o consolidación de la liquidación anualizada de las mismas" ni de invocar el principio de favorabilidad por cuanto ni se encuentran enfrentadas normas de rango nacional ni existen interpretaciones sólidas contrapuestas al texto extralegal, sino su validez.

Por lo anterior, se procederá a CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto no accedió a las pretensiones relacionadas con la retroactividad del auxilio de cesantías.

FACTORES PRESTACIONALES- LIQUIDACIÓN DEL AUXILIO DE CESANTÍAS

También, ha de enunciarse que no resulta de recibo lo aducido por la demandante al pretender que se sume a la asignación básica promedio mensual en un 100% de los factores salariales en la medida en que, es claro que ellos corresponden a la doceava parte tal y como lo señala la redacción

original del artículo 6 de la Ley 432 de 1998, vigente durante la relación laboral y que determina por expresa disposición legal la proporcionalidad en que debe guardarse el aporte mensual de las cesantías de los servidores públicos. Por manera que, la actuación del ISS al momento de liquidar el concepto de cesantías a su trabajadora, fue bajo la observancia estricta de los parámetros legales, no existiendo una suma deficitaria objeto de reajuste.

Así las cosas, se procederá a CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 29 de mayo de 2018.

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 del PAR ISS y a favor de la señora JUDITH GUTIÉRREZ TOLOZA, 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,

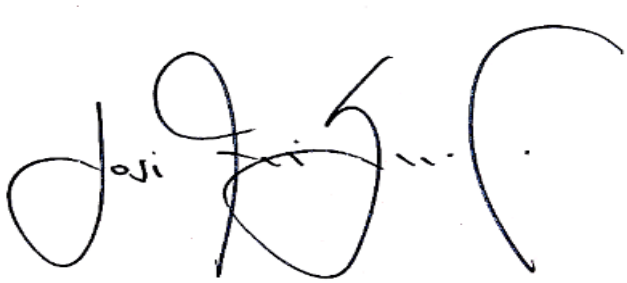
VIII. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la condena impuesta en el numeral primero de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en el sentido condenar a la pasiva PAR IRR a favor de la señora JUDITH GUTIÉRREZ TOLOZA al pago de las vacaciones, desde el 08 de mayo de 2012 y hasta el 31 de marzo de 2015.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 29 de mayo de 2018.

TERCERO: 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 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 del PAR ISS y a favor de la señora JUDITH GUTIÉRREZ TOLOZA, 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.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre 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 Segundo Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2017-00172-00
Partida Tribunal: 18727
Demandante: JESÚS GIOVANNI MARTÍNEZ JAIMES
Demandada (o): CENS
Ref.: CONSULTA DE SENTENCIA
Tema: CONTRATO DE TRABAJO

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

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 13 de agosto de 2019, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-002-2017-00172-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 18727 promovido por el señor JESÚS GIOVANNY MARTÍNEZ JAIMES contra CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER, S.A. E.S.P.

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. A N T E C E D E N T E S

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare que entre él y la empresa CENS existe un contrato de trabajo regido por la convención colectiva de trabajo, y en consecuencia se condene a esta a pagar las diferencias existentes entre el valor pagado y aquel previsto en la convención, por los conceptos de prima de antigüedad y desgaste físico, prima de servicios y carestía, vacaciones y prima de vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, la sanción consignada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, la reliquidación de los aportes pensionales teniendo en cuenta la base de liquidación con la incidencia salarial y prestacional que se pretende, el pago del servicio de energía en la forma prevista en el artículo 36 CCT en

igualdad a los trabajadores que ingresaron a la empresa antes del 1 de abril de 2004.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 158 a 160 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que ingresó a trabajar el 01 de noviembre de 2006, desempeñando el cargo de TÉCNICO OPERATIVO mediante contrato de trabajo a término indefinido, ejerciendo funciones de línea viva, por lo que recibe la bonificación pactada en el artículo 68 de la CCT, la cual, según dicho artículo, tiene incidencia prestacional.

2. Que la empresa le ha venido cancelando mensualmente dicha bonificación, pero no incluye esta suma de dinero como factor salarial para el pago de prestaciones sociales legales y extralegales.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada, ésta dio contestación aceptando como ciertos los hechos 1 y 8, el resto que no son ciertos o no son hechos; se opuso a la totalidad de las pretensiones, ya que considera que la empresa ha cumplido con todas las obligaciones legales y convencionales para que con el actor; manifestó que es cierto que el trabajador se encuentra vinculado a CENS desde el 01 de noviembre de 2006; indicó que el artículo 68 de la CCT vigente, que hace referencia a la incidencia salarial de la bonificación por trabajo en línea vía es un precepto que data con anterioridad a la CCT 2004-2008, pues en esta convención se incorporaron disposiciones relativas a los trabajadores que ingresen a CENS a partir del 01 de febrero de 2004, donde claramente para este tipo de trabajadores se indica que la prima de antigüedad y desgaste físico, la prima de servicios y carestía, la prima de vacaciones, corresponderá al valor de estas prestaciones convencionales tomando para ellos el concepto de salario básico. Que estas son prestaciones convencionales que superan lo establecido en la ley, por lo que lo acordado por el sindicato y la empresa se debe respetar y si las partes hubieran querido incluir la bonificación por trabajo en línea viva para efectos de liquidar estas prestaciones convencionales, así lo hubieran indicado expresamente o hubieran indicado que estas se liquidarían con el concepto de salario y no con el concepto de salario básico.

Como excepción previa propuso la prescripción, y como de mérito propuso las de inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido, buena fe de la procurada y prescripción.

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 13 de agosto de 2019, absolvió a la empresa demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Fundamentó el Juez A quo su decisión en el hecho que se probó en el proceso que los pagos efectuados por la demandada por concepto de prestaciones sociales legales y extralegales, no desatiende los parámetros de la convención aplicable al trabajador, estando aquellos correctamente liquidados, por lo que no hay lugar a imponer condena alguna a CENS.

Encontró que los acuerdos convencionales son acuerdos de voluntades entre el patrono y los trabajadores, a través de un sindicato que los representa, y por tanto, al haberse pactado en la cct que existiría una diferenciación para los trabajadores que ingresaran con posterioridad al 01 de febrero de 2004 con respecto a la incidencia salarial de algunas prestaciones extralegales, la misma es válida.

V. 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.** Alegó la parte que la bonificación por trabajos en línea viva consagrada en el artículo 68 de la CCT 2004-2008, suscrita entre SINTRAELECOL y CENS, se encontraba regulada en idéntica forma en el artículo 69 de la Convención Colectiva de Trabajo anterior a la ya mencionada, esto es, la Convención Colectiva de Trabajo 2002-2004, tal y como quedó demostrado en el expediente con las convenciones colectivas de trabajo debidamente aportadas.

   Que conforme a tal normatividad, la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en Sentencia 5481 del 12 de febrero de 1993, ha indicado que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es que se excluyan determinados factores, no obstante su naturaleza salarial y sin que pierdan por ello tal carácter; que el legislador puede también autorizar a las partes celebrantes de un contrato individual de trabajo o de una convención colectiva de trabajo o pacto colectivo, para disponer

expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones; lo que no puede acordarse por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que es salario deje de serlo.

Precisó que en la CCT que se encontraba vigente en CENS antes de la CCT 2004-2008, no existían las regulaciones relativas a la manera como se aplica la prima de antigüedad y desgaste físico, la prima de servicios y carestía y la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones a los trabajadores que ingresaron a laborar en CENS después del 01 de febrero de 2004; que así está demostrado en el expediente con las documentales aportadas, por lo que es claro que con la CCT 2004-2008, se modificó la forma de liquidación y reconocimiento de las prestaciones antes mencionadas, de los trabajadores con ingreso a CENS después del 01 de febrero de 2004, respecto de los trabajadores que ingresaron a esta entidad con anterioridad a dicha fecha.

Indicó que quedó demostrado dentro del expediente con todas las pruebas recaudadas que el demandante ingresó como trabajador después del 01 de febrero de 2004, y que bajo este entendido, cuando se incorporó como trabajador en CENS, se encontraban vigentes las condiciones normativas que regulaban la forma como se reconocen la prima de antigüedad y desgaste físico, la prima de servicios y carestía y las vacaciones y la prima de vacaciones, donde claramente se indica que los trabajadores que ingresan a CENS después del 01 de febrero de 2004, la prima de antigüedad y desgaste físico, la prima de vacaciones, se les reconoce teniendo como base el salario básico devengado, por lo que la bonificación por trabajo en línea viva quedó excluida para efectos de ser tenida en cuenta al momento de liquidar estas prestaciones convencionales al accionante, situación similar ocurre en el caso de la prima de vacaciones, cuando en el texto convencional y vigente se señala que los trabajadores que ingresen a laborar después del 01 de febrero de 2004 este beneficio no tendrá incidencia prestacional.

Que es claro que dentro del plenario que las prestaciones sociales convencionales, superan los mínimos establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte son válidos los acuerdos a los que llegó la Empresa y el Sindicato SINTRAELECOL al regular el reconocimiento de estos beneficios para los trabajadores nuevos, dentro de las garantías que tienen las partes a la negociación colectiva, protegida por el artículo 55 de la Constitución Política en armonía con el artículo 39 del mismo texto superior, fueron y son completamente

válidos y ajustados a derecho, pues con los mismos no se afectan derechos mínimo legales, por el contrario, las normas convencionales en torno a las prestaciones objeto de discusión, superan con creces los beneficios económicos que frece la ley.

Que ha sido línea jurisprudencial de vieja data y reiterada recientemente por multiplicidad de fallos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que los acuerdos convencionales a los que llegan los sindicatos y el empleador son válidos siempre y cuando no se menoscaben derechos mínimos legales.

Adicional a lo anterior, manifestó que es absolutamente claro y contundente lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 34 de la CCT ya referenciada, **cuando señaló que los conceptos para liquidar prestaciones sociales a los trabajadores que ingresen a CENS a partir de febrero de 2004, serán liquidados conforme a lo establecido en el artículo o parágrafo correspondiente a la convención**.

Que por lo anterior, la empresa, en lo único que ha incurrido es en respetar las fórmulas pactadas convencionalmente en el caso que nos ocupa, por lo que cualquier inconformidad al respecto sólo es dable modificar por la vía del conflicto colectivo de trabajo a través de una nueva negociación de la Convención y no a través de la vía del conflicto jurídico como mal lo ha escogido el actor.

Fundamentado en lo anterior, solicitó se confirme la sentencia proferida por el A quo.

2. **PARTE DEMANDANTE.** Indicó que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado en reiteradas oportunidades, la imposibilidad de realizar un pacto de exclusión salarial sobre un pago que por sus elementos se define claramente como salario, en la medida que remunera directamente el servicio prestado por el trabajador.

   Precisó que el parágrafo del artículo 20 y 21 es muy ambiguo -sin incidencia salarial- pero así se hubiese pactado en la convención de manera clara, lo que no constituye salario, tampoco sería válida la misma al transgredir la Ley.

   Que CENS desconoce el principio de favorabilidad en materia salarial pactado en el artículo 1 de la CCT, especialmente los incisos 2 y 3, al establecer que a la convención se consideran incorporadas todas las disposiciones que contempla el Código del Trabajo las leyes o decretos

que en el futuro se dicten y sean aplicables conforme a la naturaleza de la Empresa.

Solicitó que con fundamento en lo manifestado y probado en el proceso, se revoque la sentencia impugnada y se condene a la demandada al reconcomiendo y pago de las pretensiones.

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

VI. CONSIDERACIONES

Competencia. Por resultar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, contraria a los intereses del demandante, procede esta Sala a resolver el grado jurisdiccional de la misma, en virtud del artículo 69 del CPTYSS.

De conformidad con lo manifestado en el libelo demandatorio y su contestación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si el señor JESÚS GIOVANNI MARTÍNEZ JAIMES tiene derecho a que C.E.N.S. S.A. E.S.P. reconozca la incidencia salarial de la bonificación por línea viva de que trata el artículo 68 de la Convención Colectiva del Trabajo y con ello a que le reliquiden las prestaciones legales y extralegales devengadas; igualmente se estudiará si tiene derecho el demandante a que se liquide a su favor el pago del servicio de energía en la forma prevista en el artículo 36 de la CCT.

En el presente caso, el A Quo denegó las pretensiones de la demanda, indicando que el trabajador demandante ingresó a laborar en la empresa demandada con posterioridad al 1 de febrero de 2004 y por ende le es aplicable el parágrafo del artículo 68 y demás artículos relacionados con liquidación de prestaciones, que excluye la incidencia salarial peticionada.

Se encuentra demostrado en el expediente que el demandante, JESÚS GIOVANNI MARTÍNEZ, ingresó a laborar a CENTRALES EÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER mediante contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 27 de octubre de 2006, con inicio de labores el 01 de noviembre de 2006 en el cargo de operario técnico (folios 184 a 185), cargo por el cual percibe la bonificación de trabajo en línea viva, lo cual es aceptado por la demandada; afirmando desde la demanda el actor que pese a su expreso reconocimiento, este pago no ha sido incluido para la liquidación de las siguientes prestaciones: prima de antigüedad y desgaste físico, prima de servicios y carestía, vacaciones, prima de vacaciones, cesantías e intereses a cesantías.

Ahora bien, la controversia se desprende de la interpretación que reclaman las partes respecto de los artículos 34 y 68 de la Convención Colectiva del Trabajo 2004-2008 (Fol. 105 a 156), los cuáles rezan:

> «Artículo 34. Concepto para liquidar prestaciones: La Empresa al liquidar las prestaciones incluirá el valor de las primas de servicio y carestía, antigüedad y desgaste físico, auxilio de transporte, vacaciones, viáticos y sobreremuneraciones tales como las horas extras, dominicales y días feriados que haya recibido el trabajador. Su liquidación será con base en el último salario o con el promedio devengado en el último año de servicio y sin tener en cuenta la congelación de cesantías.
>
> En todo caso la liquidación se hará como salga más favorable al trabajador. (…) Parágrafo 2. Los conceptos para liquidar prestaciones sociales a los trabajadores que ingresen a partir del 1º de febrero de 2004, serán liquidados conforme a lo establecido en el artículo o parágrafo correspondiente de esta Convención».
>
> «Artículo 68. Bonificación por trabajo en línea viva: Al personal que labore en cuadrilla de trabajo de línea viva, la Empresa le reconocerá una bonificación mensual equivalente al 28% del salario básico que el trabajador devengue, en caso de retiro del trabajador de dicha cuadrilla por cualquier causa, la Empresa le suspenderá el pago de esta bonificación. Esta bonificación se pagará quincenalmente y tendrá incidencia prestacional».

La parte demandante reclama que pese a ser reconocido como trabajador con labores en línea viva y recibir quincenalmente la respectiva bonificación, esta no tiene la referida incidencia prestacional que establece el artículo 68 de la convención; sin embargo, la empresa demandada desde la contestación rechaza esta pretensión, alegando que se desconoce el parágrafo 2º del artículo 34 que divide la forma de liquidar prestaciones entre trabajadores que ingresaron antes o después del 1 de febrero de 2004 y estando entre los posteriores el actor, su liquidación se rige exclusivamente por este artículo pues así lo pactaron convencionalmente con la organización sindical.

Para demostrar su conclusión, la empresa demandada aporta la Convención Colectiva del Trabajo 2002-2004 (folios 186 a 233) donde se establece el artículo 68 de bonificación por trabajo en línea viva en el mismo sentido que quedó para el período 2004-2008, pero cuyo artículo 35 sobre conceptos para liquidar prestaciones no incluye el parágrafo que subdivide a sus trabajadores según fecha de ingreso y que incide específicamente en dos prestaciones: la prima de antigüedad y desgaste físico y la prima de servicios y carestía regulados en el artículo 20 y 21 del aludido acuerdo convencional; evidenciando así que hubo una intención de los intervinientes de la negociación colectiva en hacer una diferenciación a partir del 1 de febrero de 2004 en los conceptos que para los trabajadores nuevos iban a dejar de tener incidencia salarial.

Previamente, es necesario hacer claridad que la decisión debe girar sobre exclusivamente esas dos prestaciones, porque las demás a reliquidar reclamadas en la demanda: Cesantías, intereses a cesantías, vacaciones y prima de vacaciones, las 3 primeras de origen legal y la última convencional, no contienen una forma especial de liquidación en la convención colectiva vigente a la fecha de ingreso del accionante; de manera que no existe ninguna excepción respecto a los trabajadores que se vincularon con posterioridad a la entrada en vigencia de la convención colectiva de trabajo y las mismas deben ser liquidadas con fundamento en el salario promedio devengado e incluir la incidencia salarial de la bonificación por trabajo en línea viva.

Ahora bien, y aunque en la demanda se reclama que esta incidencia ha sido desconocida por la empresa al momento de liquidar todos sus derechos prestacionales, no le asiste razón al actor conforme a las pruebas aportadas en la demanda y contestación; pues en el medio magnético visto a folio 234 que fue aportado por la empresa demandada, según documento Excel que contiene la liquidación de estas prestaciones y conforme se resalta en los 33 folios anexos a esta providencia, al promediar el salario que sirve de base para reconocer las Cesantías, intereses a cesantías, vacaciones y prima de vacaciones, sí se incluye la bonificación por línea viva.

En efecto, los valores allí liquidados coinciden con los cancelados al trabajador así: por Vacaciones y Prima de Vacaciones de 2014, a folio 22, se evidencia que las disfrutó en el mes de abril, con un sueldo promedio de $1.618.561; en 2015, con un sueldo de $2.082.405 (folio 28), y en 2016, con un sueldo promedio de $1.896.229 (folio 32); por los intereses de Cesantías de 2014, le cancelaron $313.085 (folio 27), de 2015 $325.641 (folios 31) y de 2016 $354.166 (folio 35); con respecto a las cesantías, se tiene que si bien a folios 87 a 89 y 96 a 101 se allegaron los pagos por dicho concepto, no se especifica cuáles fueron los pagos realizados al actor; a pesar de esto, los valores correspondientes se pueden establecer con base en lo cancelado por intereses a las cesantías, al ser estos el 12% de dicho auxilio, así: por 2014, dado que los intereses fueron $313.084, las cesantías pagadas correspondieron a la suma de $2.609.040; de 2015, $2.713.677 y de 2016, $2.951.381.

Así las cosas, conforme a la aludida documental, se pudo establecer que las aludidas prestaciones sociales y vacaciones del actor fueron liquidadas incluyendo en su promedio salarial la reclamada incidencia de la bonificación por trabajo en línea viva devengada, motivo por el cual se confirmará lo resuelto en primera en ese particular sentido.

LIQUIDACION DE PRIMA DE ANTIGÜEDAD Y DESGASTE FISICO y PRIMA DE SERVICIOS Y CARESTIA CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 20 Y 21 DEL ACUERDO CONVENCIONAL.

Como ya se indicó, es menester por parte de la Sala desarrollar el problema jurídico antes expuesto sobre las prestaciones que están liquidadas exclusivamente sobre el salario básico devengado por el trabajador y que no incluyen como ya se advirtió la bonificación por trabajo en línea viva, aplicable a los trabajadores que ingresaron a la empresa a partir del 1º de Febrero del año 2004, como es el caso del señor JESÚS GIOVANNI MARTÍNEZ JAIMES, tal y como lo estipulan los parágrafos de los artículos 20 y 21 del acuerdo convencional que regulan dichos emolumentos, todo ello en cabal armonía a lo señalado en el parágrafo 2º del artículo 34 de la Convención Colectiva aportada.

Según lo dispuesto en el artículo 68 del acuerdo convencional aportado, «Al personal que labore en cuadrilla de trabajo en línea viva, la Empresa le reconocerá una **bonificación mensual** equivalente al veintiocho por ciento (28%) del salario básico que el trabajador devengue, en caso de retiro del trabajador dicha cuadrilla por cualquier causa, la Empresa le suspenderá el pago de esta bonificación. **Esta bonificación se pagará quincenalmente y tendrá incidencia prestacional».**

Conforme a dicha normatividad, la bonificación por línea viva se constituye en un **«beneficio habitual acordado de manera convencional entre las partes constitutivo de salario»**, luego el análisis que debe realizar este Tribunal se contrae a establecer si las estipulaciones convencionales atrás relacionadas, que limitan la liquidación de la prima de antigüedad y desgaste físico y la prima de servicios y carestía al salario BÁSICO devengado por el trabajador, excluyendo otros aspectos de naturaleza salarial como lo es la aludida bonificación por línea viva encuentra respaldo legal, todo ello en armonía a lo dispuesto en los artículos 127 y 128 del CST que regulan los elementos constitutivos de salario y los pagos que no constituyen tal calidad.

Al respecto el artículo 128 del CST señala que no constituyen salario entre otros *«los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».*

Sobre el punto en particular, en sentencias como la del 12 de febrero de 1993 con Rad. 5481, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que «aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que

legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter. El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones».

Así mismo, al estudiar la constitucionalidad de la reforma que hiciera el artículo 15 de la ley 50 de 1990 al artículo 128 del C.S.T., la sentencia C-521 de 1995 de la Corte Constitucional, rescata la conclusión a que arribó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de febrero de 1993 (radicación 5481. Sección Segunda M.P. Hugo Suescún Pujols), que dice: **«El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones.** Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo».

En ese orden de ideas, concluye la Sala, que por vía a lo dispuesto en el artículo 128 del CST, es perfectamente válido que en el sub-examine la demandada y el Sindicato**, acordaran expresamente** que la «bonificación por trabajo en línea viva», a pesar de su carácter retributivo del servicio, no tuviese incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones de naturaleza convencional, como lo son en este caso la prima de antigüedad y desgaste físico y la prima de servicios y carestía, tal y como se estipuló en el parágrafo 2º del artículo 34 y en los parágrafos de los artículos 20 y 21 convencional.

Además de lo anterior, de la lectura de la normatividad convencional anteriormente relacionada, funge evidente la intención de las partes suscribientes del aludido acuerdo convencional, de excluir como factor salarial la ya mencionada bonificación por trabajo en línea viva, al señalar de manera clara y expresa que la liquidación de la prima de antigüedad y desgaste físico y la prima de servicios y carestía para los trabajadores que ingresen a partir del 1º de Febrero del año 2004, se efectuaría con el equivalente al SALARIO BÁSICO, luego bajo esas condiciones funge palmario la legalidad de dichas

estipulaciones y por ende la no prosperidad de los reclamos en ese sentido elevados por el actor.

Por lo anterior, se CONFIRMARÁ en este sentido la sentencia impugnada de fecha 13 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

Por último, con respecto a la solicitud del pago, a favor del actor, del servicio de energía en la forma prevista en el artículo 36 de la CCT, se tiene que no fueron aportados por el actor elementos probatorios que permitan conocer la manera cómo se liquida dicho servicio actualmente, con el fin de determinar si ésta debe modificarse o no, de acuerdo a lo establecido en dicho texto convencional; sin embargo, es claro que, como fue concluido, la diferenciación realizada por la demandada respecto de los trabajadores que ingresen a partir del 01 de febrero de 2004, es totalmente válida y no desconoce el principio de a trabajo igual salario igual, contenido en el artículo 143 del CST.

Lo anterior, debido a que, en efecto, el mencionado artículo prevé que un a trabajo desempeñado en un puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, debe corresponderle un salario igual; pero su aplicación está sujeta a que no se demuestren razones válidas para establecer un trato diferencial entre los trabajadores que desempeñen las mismas funciones dentro de una misma jornada de trabajo. De tal forma, que si el empleador justifica válidamente un tratamiento diferente debe estar sustentado en hechos reales y comprobables, no existe un tratamiento discriminatorio y por consiguiente violatorio del artículo 143 del código sustantivo del trabajo.

En este caso, el criterio que estableció la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A., para excluir o diferenciar el pago de algunas prestaciones y beneficios, como la bonificación por trabajo en línea viva y el pago de energía, respecto a los trabajadores vinculados a partir del 01 de febrero de 2004, es la antigüedad, dado que todos los trabajadores que se presentaron a declarar en este proceso, fueron coherentes al señalar que los trabajadores vinculados con anterioridad al 2004, sí estaban gozando del derecho de que su liquidación de prestaciones sociales legales y extralegales se reconocieran teniendo en cuenta como factor salarial la referida bonificación, es decir, que para los trabajadores antiguos éste es un derecho adquirido porque así se había consagrado expresamente en las convenciones anteriores.

Mientras que para el demandante era una simple expectativa que fue frustrada por la entrada en vigencia de una nueva convención que modificó los parámetros de liquidación para aquellos trabajadores que se vincularan con posterioridad a su vigencia; y estos criterios son suficientes para justificar que al demandante se le liquide la prima de antigüedad y desgaste físico y la prima de servicios y carestía, sobre el salario básico y excluyendo la bonificación por

trabajo en línea viva, y para que se le haga un pago diferenciado del servicio de energía consignado en el artículo 36 convencional, debiéndose CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada.

No se condenará en costas por cuanto se surtió el grado jurisdiccional de consulta, el cual opera por ministerio de la Ley.

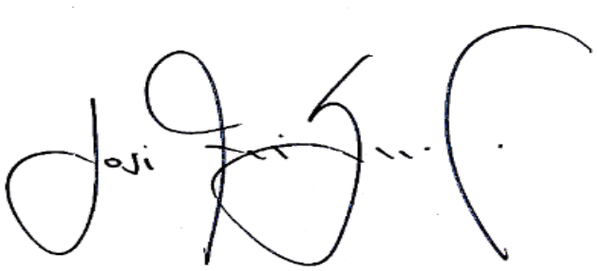
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia consultada de fecha 13 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

RAD: 54-001-31-05-002-2017-00365-00

REF: ORDINARIO

DEMANDANTE: NELSÒN RODRIGUEZ GUTIERREZ

DEMANDADO: AISLATERM LTDA, ECOPETROL, AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., OTRO

Se da trámite al grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 23 de julio de la anualidad que avanza, proferida por el juzgado segundo laboral del Circuito de Cúcuta, por ser adversa a las pretensiones de la activa en el proceso ordinario de la referencia.

En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020 podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVER NARANJO

Magistrado

P.T. No.19023

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

RAD: 54-001-31-05-002-2018-00171- 00

REF: ORDINARIO

DEMANDANTE: EDER ALONSO AREVALO

DEMANDADO: ADRIANA BAUTISTA

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por la pasiva contra la sentencia del 15 de julio de la anualidad que avanza, proferida por el juzgado segundo laboral del Circuito de Cúcuta, en el proceso ordinario de la referencia.

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVER NARANJO

Magistrado

P.T.No.19021

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

_____

Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

RAD: 54-001-31-05-002-2018-00386 00

REF: ORDINARIO

DEMANDANTE: AURA ESTELA JAIMES MORENO

DEMANDADO: PORVENIR S.A., MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÈDITO PÙBLICO y OTRO

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por las pasivas PORVENIR y MINISTERIO DE HACIENDA y CRÈDITO PÙBLICO contra la sentencia del 26 de junio de la anualidad que avanza, proferida por el juzgado primero laboral del Circuito de Cúcuta, en el proceso ordinario de la referencia. Así mismo, el grado de consulta en favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Ejecutoriado el auto que admite las apelaciones, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVER NARANJO

P.T.No.19019

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

RAD: 54-001-31-05-002-2019-00323-00

REF: ORDINARIO

DEMANDANTE: MARIA LUISA BARIOS MORA

DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÒN S.A.

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por las pasivas Colpensiones, Porvenir y Protección S.A. contra la sentencia del 28 de julio de la anualidad que avanza, proferida por el juzgado segundo laboral del Circuito de Cúcuta, en el proceso ordinario de la referencia. Así mismo, el grado de consulta en favor de COLPENSIONES.

Ejecutoriado el auto que admite las apelaciones, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVER NARANJO

P.T.No.19026

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

RAD: 54-001-31-05-002-2019-00374-00

REF: ORDINARIO

DEMANDANTE: MARTHA CECILIA ROJAS DE CASADIEGO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por las pasivas Colpensiones, Porvenir S.A. contra la sentencia del 27 de julio de la anualidad que avanza, proferida por el juzgado segundo laboral del Circuito de Cúcuta, en el proceso ordinario de la referencia. Así mismo, el grado de consulta en favor de COLPENSIONES.

Ejecutoriado el auto que admite las apelaciones, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVER NARANJO

P.T.No.19030

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre 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
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-003-2016-00086-01
Partida Tribunal: 17225
Juzgado: Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta
Demandante: ARIEL DE JESÚS FREYTE
Demandada (o): LA SOCIEDAD CLÍNICA DE PAMPLONA LTDA.
Tema: CONTRATO DE TRABAJO
Asunto: Apelación de Sentencia

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

Previo a resolver la apelación en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 14 de septiembre de 2016, es menester aceptar la renuncia de poder presentada por el apoderado judicial de la demandada, allegada por correo electrónico a la secretaría de esta Sala el día 18 de agosto de 2020, en virtud de la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito con SaludCoop En liquidación y que le fuera comunicada por la misma el día 21 de abril de 2020.

En consecuencia, el Magistrado sustanciador del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE

PRIMERO: Aceptar la renuncia de poder presentada por el apoderado judicial de la demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 76 CGP.

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 Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 14 de septiembre de 2016, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-003-2016-00086-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 17225 promovido por el señor ARIEL DE JESÚS FREYTE contra la SOCIEDAD CLÍNICA DE PAMPLONA LTDA.

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. A N T E C E D E N T E S

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare que entre él y la SOCIEDAD CLÍNICA DE PAMPLONA LTDA. existió un contrato de trabajo, desde el día 25 de octubre de 2010 y el 11 de marzo de 2014, sin que esta le cancelara el salario, ni las prestaciones sociales que se causaron y en consecuencia se condene a la pasiva al pago de las mismas, de las vacaciones, de la indemnización por terminación unilateral del contrato, de la sanción consignada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de la indemnización dispuesta en el artículo 65 del CST, a la indexación de las sumas y costas procesales.

II. H E C H O S

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

1. Que entre él y la Sociedad Clínica de Pamplona, Ltda. existió un contrato de trabajo en el cargo de Gerente, desde el día 25 de octubre de 2010, habiéndose pactado un salario mensual de $4.000.000, más comisiones.
2. Que el 11 de marzo de 2014 la Junta Directiva de la demandada decidió dar por terminado de manera unilateral dicho contrato.

3. Que la pasiva le adeuda los salarios causados durante toda la relación laboral, así como sus prestaciones sociales.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada**,** esta aceptó como cierto el hecho 6, parciamente cierto el hecho 3 y el resto que no son ciertos; se opuso a las pretensiones, manifestando que si bien el demandante efectivamente ejerció la labor como representante legal de la clínica, lo hizo en desarrollo de un contrato que aquel mantenía con SALUDCOOP EPS ORGANISMO COOPERATIVO, entidad que en ese entonces, era propietaria de un importante número de cuotas partes de la sociedad.

Como excepciones de fondo propuso las de cobro de lo no debido, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la relación laboral pretendida.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 14 de septiembre de 2016, resolvió absolver a la pasiva de las pretensiones incoadas en su contra.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que si bien es cierto que se probó la existencia de la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de la Sociedad clínica de pamplona, no habiendo desvirtuado está el elemento de subordinación en la relación, también lo es que no logró probar el demandante que le hubieran cancelado una remuneración salarial como contraprestación.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE.

La parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la anterior sentencia, y solicitó su revocatoria, indicando que se puede observar que debe reconocerse las prestaciones a título de pago salarios y todos los

emolumentos de la liquidación definitiva; que a pesar de lo esbozado por el A quo, la SOCIEDAD CLÍNICA DE PAMPLONA ha generado un daño en contra del accionante el cual se refleja en que no se tuvo en cuenta lo causado en el pago de los salarios de su relación laboral y tampoco se le tuvo en cuenta lo definitivo de la liquidación final como consta en los hechos y pretensiones de la demanda lo cual se puede apreciar en las pruebas documentales de la misma.

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.** Alegó que en este asunto se evidencia la prestación personal del servicio, a través de las certificaciones laborales vistas a folios 7, 8, 11, 15, arrimadas al proceso emitidas por LA SOCIEDAD CLINICA DE PAMPLONA y firmadas por la Gerente General de la Clínica IVON SMITH ESPITIA MONTAÑEZ, de fecha 09 de Junio el 2015; que igualmente a folio 15 la CÁMARA DE COMERCIO DE LA CIUDAD PAMPLONA certifica que el día 25 de OCTUBRE del año 2010 fue inscrito bajo el número 00001626 del libro respectivo su nombramiento como representante legal al señor ARIEL DE JESUS FREYTE, pruebas que certifican que el demandante laboró durante 40 meses y 16 días, en dicha institución, como representante legal, con un salario mensual básico asignado por la junta directiva de la sociedad clínica de pamplona al cargo del gerente con un básico de $3.440.000.oo, más comisiones al momento de su nombramiento; que este salario era igualmente pagado tanto al gerente anterior y posterior al demandante tal y como se demuestra en la planilla de pago a salud de la señora CARMEN BERRIO visto a folio 30 y el de la señora IVON SMITH ESPITIA MONTAÑEZ con el IBL en la afiliación al sistema de salud con un salario de 3.440.000.oo visto a folio 31; precisó que si bien estos documentos son formatos al SGSS, no por esta circunstancia debe desconocerse su mérito probatorio, en la medida en que corresponde a un documento suscrito por quien para esa época tenían la condición de GERENTE antes y después del demandante en LA

SOCIEDAD CLÍNICA DE PAMPLONA, documentos que goza de pleno valor probatorio.

Indicó que la empresa demandada, por un lado, no suministró un solo elemento de persuasión encaminado a desmentir lo consignado en estas constancias; y por otro, tampoco pudo desvirtuar la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de la prestación personal del servicio que se deduce válidamente de estos certificados, motivo por el cual está demostrado que entre las partes existió un vínculo laboral desde el 25 de octubre del año 2010 hasta el 11 de marzo del año 2014.

Con base en lo anterior, solicitó el pago de la liquidación final teniendo en cuenta Los salarios dejados de cancelar en toda su relación laboral, así como Las Cesantías, Intereses de las Cesantías Las Primas de Servicio, Las Vacaciones, pagos a salud y pensión y la Indemnización Por Falta de Pago Oportuno de la totalidad de las prestaciones sociales, conforme lo prevé el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la ley 789/02.

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 si existió entre las parte un contrato de trabajo, desde el 25 de octubre de 2010 y hasta el 11 de marzo de 2010 teniendo en cuenta que, según lo manifestó el Juez A quo, no se probó la existencia del

elemento de remuneración; de ser afirmativo lo anterior, se deberá establecer la procedencia del pago de las acreencias solicitadas en la demanda.

Fue concluido por el Juez A quo que en este caso se probó de manera efectiva, la prestación personal del servicio por parte del señor Ariel de Jesús Freyte, y a favor de la Sociedad Clínica de Pamplona, desde el 25 de octubre de 2010 y hasta el 11 de marzo de 2014, en el cargo de Gerente, y que no había sido desvirtuado por la pasiva, la existencia del elemento de subordinación en la relación; sin embargo, se concluyó en la sentencia que el demandante no logró demostrar el pago de una remuneración, faltando entonces uno de los elementos esenciales para la configuración del contrato de trabajo y al no poderse liquidar las acreencias laborales que fueron impagadas, resolvió absolver a la demandada, sin declarar relación laboral alguna.

Frente a esto, es posible afirmar que a todas luces se equivoca el Juez a quo, por las siguientes razones:

Como bien se analizó en la sentencia atacada, en virtud del artículo 24 del CST, demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, no es necesario acreditar la continuada subordinación jurídica ya que tal presunción le impone la carga al supuesto empleador de desvirtuarla, a través de la evidencia allegada al proceso.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia manifestó en su providencia del 24 de abril de 2012, con Radicado Nº 39600, lo siguiente:

> «*…para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del C. S del T., que para un caso como el que ocupa la atención de la Sala, sería en su versión posterior a la sentencia de la Corte Constitucional C-665 del 12 de noviembre de 1998 que declaró inexequible su segundo inciso, esto es, en los términos vigentes para el momento de la ruptura del vínculo (1° de marzo de 1999) que consagró definitivamente que "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Lo anterior*

significa, que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario».

En igual sentido se pronunció la Sala Laboral de la Corte en lo referente al principio de la primacía de la realidad y la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, en sentencia de 14 de agosto de 2012, radicación No. 40011.

Esto se traduce en que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal a favor de la demandada, para que se **presuma el contrato de trabajo** y es a ésta última a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario, acreditando el carácter autónomo e independiente de la labor ejecutada.

Entonces, al haberse encontrado que la parte demandada no aportó pruebas que desvirtuaran la presencia del elemento de subordinación en la relación existente, es claro que la consecuencia es la declaratoria de que la misma se dio en virtud de un contrato de trabajo.

Y si el A quo no halló en el expediente, elemento probatorio alguno que le permitiera establecer el monto del salario percibido por el actor, debió dar aplicación a lo manifestado por la HCSJ, según la cual, en ausencia de esta información, se debe presumir que el trabajador recibe un salario mínimo mensual legal vigente, y proceder a liquidar las prestaciones sociales y demás acreencias laborales solicitadas, con base en este monto.

Así las cosas, y revisando las pruebas aportadas al expediente con el fin determinar si existió o no un contrato de trabajo entre las partes, a folio 7 se observa una certificación expedida por la señora IVON SMITH ESPITIA MONTAÑEZ, como representante legal de LA SOCIEDAD CLÍNICA DE PAMPLONA LTDA., según la cual, el demandante ejerció dicho cargo desde el 25 de octubre de 2010 y hasta el 11 de marzo de 2014, acreditándose así, la prestación personal del servicio del señor FREYTE a favor de la pasiva en dicho lapso.

Teniendo en cuenta lo anterior, y previo a valorar las pruebas aportadas, se hace necesario recordar lo dicho por la Sala de Casación Laboral sobre el

ejercicio del cargo de gerente y representante legal de una entidad, en el sentido de que estos no están excluidos de una relación regida por un contrato de trabajo, por lo que se debe analizar cada caso en particular, a fin de establecer si efectivamente existió en realidad una relación laboral, lo cual fue manifestado en su sentencia SL8465-2015 reiterada en providencia SL5007 de 2018, así:

> "La naturaleza jurídica del contrato con los gerentes y altos empleados no se encuentra definida expresamente en la ley colombiana, y corresponde, por tanto, en cada caso, determinar si en él se dan los elementos sobre los cuales se levanta la presunción de que el servicio prestado se ha cumplido en desarrollo de un contrato de trabajo. Se agrega a ello que el art. 32 inc. a) del C. S. del T. establece que son representantes del patrono y en esa condición lo obligan con sus trabajadores, los empleados a su servicio que ejerzan funciones de dirección y administración señalando como tales a los directores, gerentes, administradores, mayordomos y capitanes de barco con lo cual parece indudable que no excluyó a quienes desempeñan esas funciones de la categoría de trabajadores en general para los efectos de la ley del trabajo.
>
> Ciertamente el gerente o el administrador general de una empresa, esté o no constituida ella como persona jurídica, desempeña funciones especialísimas que por regla general se caracterizan por actos que se pueden concretar en la representación de sus intereses patrimoniales con lo cual se coloca a gran distancia de las funciones ordinarias de los restantes trabajadores. Pero no puede en ellos desconocerse el hecho de la prestación personal de sus servicios y de la energía con que concurren al enriquecimiento de la empresa. La cantidad de esta podrá ser y lo es en la realidad, un factor importante para determinar si el gerente o el administrador tendrá derecho a ciertas contraprestaciones anexas al contrato de trabajo; pero el hecho de que no pueda ser determinable o no se hubiera determinado al celebrar el contrato o al conferirle el poder para actuar, no implica que se desnaturalice su calidad de trabajador. Y en lo tocante a la subordinación o sujeción a la persona o entidad patronal, sin la cual no puede admitirse la relación de trabajo, **ella dependerá para su establecimiento, del grado y forma como lleve a cabo sus funciones, y de la existencia de organismos jerárquicamente superiores a los cuales deba condicionarlas, y además a la vinculación personal con los resultados económicos de la empresa o negocio que se le confía**.

> La circunstancia de llevar la representación legal de una empresa es consecuencia lógica de la naturaleza jurídica del mandato, pero ello no implica que si su ejercicio se lleva a cabo dentro de los requisitos característicos del contrato de trabajo -servicio personal, dependencia y remuneración - este deba desecharse o se considere desnaturalizado. La ley colombiana presume el contrato de trabajo en toda relación de servicios personales, y esta presunción es universal, vale decir que comprende a todas las categorías de trabajadores, sin excepción."

Entonces, dado que es posible que la relación entre un gerente y la sociedad que representa sea de naturaleza laboral, y teniendo como cierta, como se dijo, la prestación del servicio por parte del demandante a favor de la pasiva, se debe revisar si ésta aportó al proceso los elementos probatorios necesarios para desvirtuar la presunción de existencia del contrato de trabajo con que se vio beneficiado el señor FREYTE.

Alegó la demandada en su contestación, que efectivamente el demandante se desempeñó como su gerente, pero que esto lo hizo **en desarrollo de un contrato de trabajo existente entre este y SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÖN**, la cual es cual es propietaria de un importante número de cuotas parte de la pasiva.

De los testimonios e interrogatorios de parte recaudados, se obtuvo la siguiente información:

El señor **ARIEL DE JESÚS FREYTE** indicó en su interrogatorio de parte que se desempeñaba como **director seccional de SALUDCOOP y a la vez ejercía como gerente de la sociedad clínica, nombrado por su junta directiva, la cual estaba compuesta por los dueños de SALUDCOOP;** que estaba vinculado con SALUDCOOP desde 1997; informó que estuvo vinculado con ambas empresas al mismo tiempo. Con respecto a sus actividades diarias y a su horario laboral, narró que ingresaba a la 7 de la mañana, ordenaba la oficina, como tal daba las indicaciones al personal, de ahí se trasladaba a la clínica porque también hacía reuniones en la sociedad clínica, era la persona que firmaba los contratos, hacía contratos con los prestadores, con los profesionales de la salud, era el encargado de llevar los procesos administrativos tanto como financiero como disciplinarios de la sociedad clínica de pamplona; precisó que incluso se desplazaba a la ciudad

de Cúcuta ya que ante cualquier inconveniente asistencial que se presentaba, tenía que estar atento a resolver la situación con la coordinadora medica con la doctora Ana Gelvez.

Manifestó que aceptó que nunca le cancelaran un salario ya que él recibía su sueldo por parte de SALUDCOOP y que esperaba que el monto que le debía la sociedad clínica, se lo cancelaran en la liquidación del contrato.

Informó que no pactó con la demandada como tal un salario, sino que le ofrecieron una remuneración de acuerdo a lo que devengaba el gerente al que remplazó, a quien desvincularon por malos manejos que se venían realizando en la sociedad clínica de pamplona.

Narró que él recibía salario por parte de SALUDCOOP, así como el pago de todas las prestaciones de ley y los aportes a seguridad social integral

La señora **IVON SMITH ESPITIA MONTAÑEZ**, representante legal actual de la demandada, en su interrogatorio de parte manifestó que el demandante estaba como representante legal la sociedad, pero que **ejercía sus funciones como director regional de operaciones en SALUDCOOP en liquidación y que *esta tenía el 95% de las cuotas parte de la sociedad*;** indicó que ella también tiene contrato de trabajo con SALUCOOP, pero que está en la nómina de la sociedad clínica de pamplona, la cual paga salario. Manifestó no entender bien las razones de esta dinámica.

La señora **ANA BENILDA GELVEZ RAMÍREZ** manifestó que trabajó como médica para la sociedad durante 18 años y durante los últimos tres años fue coordinadora médica, bajo el mando del demandante, quien era gerente; indicó que ella fue empleada de SALUDCOOP; explicó que había un acuerdo, en el que los pagos de los empleados los hacía la clínica. Indicó que el demandante se encargaba de supervisar todo lo que era las glosas, auditaba lo que eras las cuentas hacia las reuniones para los comités, estaba en las charlas que citaba SALUDCOOP directamente de Bogotá por teleconferencia; que él también estaba en la selección del personal que iba a regresar en la planta de la clínica, estaba en todos los procesos de llamados de atención o disciplinario que se le seguía a los diferentes miembros de la

clínica, él pasaba rondas todos los días en las horas de la tarde o en la mañana.

La señora **LILIANA MONTES FIGUEROA** informó que es bacterióloga para la clínica hace 13 años, teniendo vinculación laboral directamente con ellos; que nunca ha tenido relación con SALUDCOOP; que conoció al demandante como gerente de la clínica.

De lo anterior, se concluye que en este caso, el verdadero empleador del señor FREYTE era SALUDCOOP EPS, con quien sostenía un contrato de trabajo y por el cual le cancelaron salario y prestaciones sociales; que en desarrollo de dicho contrato fue nombrado por la junta directiva de la SOCIEDAD CLÍNICA DE PAMPLONA LTDA, para ejercer el cargo de gerente, estando esta sociedad, conformada en su mayoría por los propietarios de SALUDCOOP EPS, habiendo aceptado el propio demandante **que no se estableció un sueldo específico por esa labor**, ni se habló de la suscripción de un nuevo contrato de trabajo con la sociedad demandada.

En ese orden de ideas, concluye la Sala, que si bien es posible que una persona suscriba, de manera concomitante varios contratos de trabajo con diferentes empleadores en los términos del artículo 26 del CST (Coexistencia de contratos), en el escenario que nos ocupa, la prestación personal por parte del demandante a favor de la pasiva se dio, como resultado de la imposición de obligaciones contractuales impuestas por su empleador SALUDCOOP EPS, quien funge como socia mayoritaria en la conformación de la sociedad CLINICA DE PAMPLONA LTDA, descartándose así la existencia del contrato de trabajo reclamado, no quedando camino diferente para la Sala que CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 14 de septiembre de 2016, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

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 del señor ARIEL DE JESÚS FREYTE y en favor de SOCIEDAD CLÍNICA DE PAMPLONA, LTDA, 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.

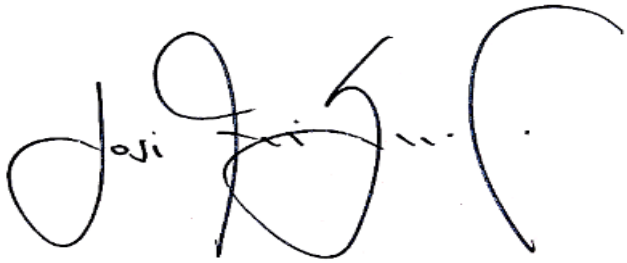
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 14 de septiembre de 2016, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

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 del señor ARIEL DE JESÚS FREYTE y en favor de SOCIEDAD CLÍNICA DE PAMPLONA, LTDA, 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.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre 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
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-003-2016-00225-01
Partida Tribunal: 18046
Juzgado: Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta
Demandante: Abel Antonio Ascanio Suárez
Demandada (o): Constructora Rocha SAS
Tema: Contrato de Trabajo
Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto 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 Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 14 de febrero de 2018, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-003-2016-00225-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18046 promovido por el señor ABEL ANTONIO ASCANIO SUAREZ en contra de la CONSTRUCTORA ROCHA SAS.

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. A N T E C E D E N T E S

El demandante por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de la constructora ROCHA, pretendiendo que se declare que goza de estabilidad laboral reforzada y por tanto, su despido es ineficaz, por cuanto se realizó sin la autorización del Ministerio del Trabajo, y en consecuencia, se condene a la pasiva, conforme se ordenó en fallo de tutela, a reintegrarlo, a cancelar las prestaciones sociales causadas desde su despido hasta el día en que se haga efectivo el reintegro, a la sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a pagar el auxilio de transporte causado desde el inicio de la relación laboral, las prestaciones del año 2015 y la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales a partir del 24 de diciembre de 2015.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos expuestos a folios 226 a 223 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que celebró con la empresa demandada, un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada el día 26 de mayo de 2014, con otro sí suscrito en mayo de 2015, para el cargo de oficial de construcción, cumpliendo sus funciones en la Planta Yilcoque vía El Zulia- Urimaco, con un salario de $1.140.000 mensuales, que posteriormente se aumentó a $2.000.000, monto en el cual no se incluía el auxilio de transporte.
2. Que el día 05 de agosto de 2014 sufrió un grave accidente de trabajo al encontrarse amarrando unas columnas en un andamio, cuando cayó de una altura aproximada de dos metros, fracturándose cuatro costillas, accidente que fue reportado en los formatos de la ARL Sura, siendo atendido en la Clínica Norte de Cúcuta.
3. Que el 29 de noviembre de 2014 la empresa le permite reintegrarse con las recomendaciones laborales dadas por su médico tratante.
4. Que trabajó normalmente hasta el 23 de diciembre de 2014, fecha en que lo enviaron a vacaciones y se reintegró el 05 de enero de 2015.

5. Que el día 23 de diciembre la demandada le comunicó que su contrato sería extinguido, entregándole copia de la liquidación de prestaciones sociales.
6. Que presentó acción de tutela el día 25 de enero de 2016, resolviéndose tutelar sus derechos fundamentales de manera transitoria y en consecuencia, se ordenó a la empresa demandada a reintegrarlo en un sitio de trabajo en el cual no se pusiera en riesgo su salud.
7. Que igualmente se dispuso que dentro de un término de 4 meses siguientes al fallo de tutela debía presentar la respectiva demanda ante la jurisdicción ordinaria.
8. Que a pesar de la orden constitucional y de un incidente de desacato presentado, la empresa demandada no lo ha reintegrado.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificado el libelo demandatorio a la demandada, la empresa dio contestación aceptando como ciertos los hechos 1 a 8, 10 a 14, 18 a 26, 28 y 29, 31 a 34, 36, 37, 39, 40 41, 43, 45, 49, 51, 54 y 58; que son parciamente ciertos los hechos 9, 15, 16, 17, 38, 42,44, 47, 48, 53, 55, 56,57, 59 y 64; el resto que no son ciertos o no le constan; se opuso a la totalidad de las pretensiones, manifestando que el demandante no tiene incapacidad alguna en razón al accidente de trabajo sufrido el 05 de agosto de 2014, tal y como se prueba en los diferentes exámenes practicados y la historia clínica aportada; que no existe conexidad entre la terminación del contrato de trabajo y la situación médica del trabajador, quien se encontraba reintegrado y en buenas condiciones de salud, sin incapacidades pendientes ni invalidez; que el fallo de tutela fue declarado nulo y la tutela fue fallada como improcedente por el Juzgado 4 civil municipal de Cúcuta.

Precisó que no es procedente el auxilio de transporte ya que el empleador suministraba el transporte desde la ciudad de Cúcuta hasta las instalaciones donde se desarrollaban las actividades en el sector de Urimaco, dándose la excepción a la norma del auxilio pretendido.

Informó que la liquidación prestacional del trabajador realizada el 23 de diciembre de 2015, se realizó teniendo en cuenta la base salarial y los demás derechos inherentes al contrato.

Como excepciones propuso las de pago total de las obligaciones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 15 de febrero de 2018, resolvió condenar a la empresa ROCHA CONTRUCCIONES SAS a reconocer y pagar al demandante las diferencias dinerarias causadas con ocasión de la incorrecta liquidación de las prestaciones sociales realizada al momento de la terminación del contrato de trabajo; declaró probada la excepción de compensación propuesta por la demandada y la excepción de inexistencia de las obligaciones, respecto a las pretensiones de reintegro y el pago de salarios y prestaciones sociales causados desde el despido hasta la fecha en que se efectúe el mismo, el auxilio de transporte y la prima de servicio del primer semestre del año 2015, y la indemnización moratoria del artículo 65 CST, absolviendo a la pasiva de estas pretensiones incoadas en su contra.

La juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que luego del análisis probatorio jurídico se determinó que el demandante, al momento del despido no gozaba de la estabilidad laboral reforzada, por lo que no era procedente ordenar el pago de los salarios y prestaciones sociales causados desde el momento del despido ni la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En relación con el auxilio de transporte, la empresa demandada asumió la obligación al suministrarle el transporte gratuito a los trabajadores, y fue el demandante quien dispuso no usar el mismo, por lo que no hay lugar a ordenar su pago. Finalmente, se advirtió que hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales, debido a que la empresa demandada no computó el total de los días laborados por el actor, pero no hay lugar a condenar por concepto de indemnización moratoria, debido que no se observó mala fe por parte de la empleadora.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE.

Al encontrarse en desacuerdo, de manera parcial, con la anterior sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, con relación a los siguientes aspectos:

- En punto al reintegro solicitado reclamó que en el fallo del despacho se estableció que para el momento del despido la empresa constructora Rocha no tenía conocimiento de la condición de salud o la pérdida de capacidad laboral que se tenía por parte del señor Abel Antonio Ascanio Suárez; indicó que es importante precisar que para el momento que se presentó la demanda se estaba atendiendo un término perentorio que le había concedido el juzgado que profirió la tutela presentada como quiera que en esta se le otorgaron 4 meses para que se presentara el proceso ordinario por lo que, en el momento que se presentó la demanda no sé tenía calificación ni por Sura ni por la junta regional de calificación de invalidez, sin embargo en esa sentencia de tutela el Juez Constitucional advirtió que el demandante gozaba de la estabilidad laboral reforzada, aún sin tener una calificación por parte de una arl o por la junta Regional de calificación de validez.

  Que por lo anterior, a pesar de que el señor Abel Antonio Ascanio Suarez cuando se presentó la demanda no tenía una calificación de pérdida de capacidad laboral, lo que sí es cierto es que se encontraba en una condición de debilidad manifiesta; que inclusive en los hechos de la demanda se hizo referencia a que efectivamente él se encontraba en proceso de tratamiento en un plan de manejo por médico tratante para una posterior calificación de pérdida de capacidad laboral, por lo tanto era de conocimiento que la empresa la situación médica del demandante y, aun así, sabiendo que no se contaba con un dictamen definitivo de la ARL Sura, decidió despedirlo sin autorización del Ministerio de Trabajo.

- Con respecto al pago de auxilio de transporte que fuera negado en la sentencia apelada, indicó que la decisión de tomar el transporte urbano no fue su voluntad sino obligación, como quiera que el transporte dispuesto por la empresa no era lo suficientemente al tener un único bus para transportar algo más de 80 pasajeros de modo, por lo que le era físicamente imposible tomarlo debido al sobrecupo por lo cual se veía obligado a tomar transporte urbano; indicó que esta manifestación también fue confirmada por uno de los testigos que se aportó por parte de la parte actora.

- Precisó que, dado que se no fueron incluidos ciertos días laborados por el demandante en la liquidación de prestaciones sociales al finalizar el contrato, es procedente la indemnización del artículo 65 CST.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

PARTE DEMANDANTE. Atacó la parte demandante la sentencia apelada, con respecto a dos aspectos, a saber, la estabilidad laboral reforzada por razones de salud y la indemnización moratoria del articulo 65 CST.

Alegó que el juez como director del proceso no decretó de oficio la prueba pericial de calificación de pérdida de capacidad laboral por parte de la Junta de Calificación de Invalidez o la procedencia de designación de auxiliar de la justicia, como necesaria e indispensable para demostrar la condición de discapacidad del trabajador.

Que sin embargo, en la sentencia apelada, se señaló que no se reconoce la protección especial laboral solicitada por no existirla experticia pericial o prueba técnica que establezca el grado de discapacidad que acredite al menos una discapacidad moderada (15% a 25% de PCL), desconociendo así toda la prueba documental decretada y que fue allegada al proceso.

Solicitó que se le dé el valor probatorio que por Ley corresponde a cada uno de los elementos aportados, que demuestran la situación de salud del trabajador discapacitado, así como la no acreditación de justa causa para realizar el despido, y por ende, se reconozca que se encuentra cobijado por la estabilidad laboral reforzada, y sus posteriores consecuencias, como el reintegro, los salarios y prestaciones dejados de percibir desde su despido hasta que se haga efectivo el mismo, así como la sanción contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Con respecto a la indemnización por falta de pago prevista en el artículo 65 CST, indicó que se evidenció que el empleador al momento de realizar la liquidación de las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, no incluyó todo el tiempo de servicio prestado por el demandante, cuando era su deber hacerlo, y, al no obrar prueba que justificara dicho actuar ilegal, no logró desvirtuar la mala fe con la que actuó, siendo procedente esta solicitud.

Una vez cumplido el término para el efecto, 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.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **los problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala se reducen a determinar (i) si en el presente caso, el señor Abel Antonio Ascanio Suárez, al momento de terminación de su contrato de trabajo por parte de su empleadora, CONSTRUCTORA ROCHA SAS, gozaba de la protección especial de estabilidad laboral reforzada en virtud de su estado de salud y por tanto, es procedente, conforme se solicita, el reintegro a su cargo, junto con el pago de las acreencias laborales que esto genera; igualmente se debe

establecer (ii) si procede el pago del auxilio de transporte solicitado y (iii) la procedencia de la indemnización moratoria consignada en el artículo 65 CST.

No se discute en este caso la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, por obra o labor determinada, a partir del 26 de mayo de 2014 (folios 3 a 5), así como su otro sí, visto a folios 7, contrato que fue terminado por la CONSTRUCTORA ROCHA SAS el día 23 de diciembre de 2015 (folio 145).

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

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”.

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.

Ahora, como el cuerpo legal en mención, no precisa quiénes son las personas en situación de discapacidad que gozan de estabilidad ocupacional reforzada. La Corte Suprema de Justicia inspirada en la teoría médico biológica de la discapacidad- (sentencia SL10538-2016 de junio 29 de 2016.)

ha dado aplicación a la clasificación establecida en el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, en donde se considera como persona en situación de discapacidad, a quien tenga una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15%, es decir, desde el grado moderado de severidad.

De esta manera, cuando el trabajador demuestre que para el momento del despido, padecía una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15% de PCL y acredite que el empleador tenía conocimiento de las patologías, deficiencias, discapacidad y minusvalía adquiridas durante el desarrollo del contrato de trabajo, se presumirá a favor de éste que la terminación del vínculo laboral obedeció a un acto discriminatorio por su estado de salud, teniendo entonces el empleador la carga probatoria de derruir tal presunción, demostrando que se dio la ocurrencia real de la causa alegada (justa causa), debiendo ser esta una razón objetiva para poner fin al nexo contractual, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral en sentencias SL10538-2016 de junio 29 de 2016, SL10538-2016, SL 10538-2016, SL5163-2017 SL11411-2017 y más recientemente, en sentencia SL 471-2018 y SL 458 de 2019.

La condición de discapacidad anotada, necesariamente debe configurarse en vigencia de la relación laboral y fundamentarse en las patologías, deficiencias y minusvalía adquiridas por el trabajador durante el desarrollo del contrato de trabajo, sin que esta condición esté sujeta a ser demostrada únicamente con la expedición del dictamen de PCL al momento de la terminación del vínculo laboral, en la medida en que el mismo no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria y puede acreditar por cualquier otro medio los padecimientos y quebrantos de salud que padezca el trabajador al momento de la finalización del contrato de trabajo.

No obstante, recuérdese que si bien no necesariamente debe haberse emitido el dictamen al momento de la terminación de la relación laboral para poder determinar los quebrantos de salud de un trabajador, **el mismo sí se requiere para establecer que padecía una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15% de PCL** y estructurada en vigencia de la

relación laboral, así lo ha concluido el órgano de cierre de esta jurisdicción en Sentencia SL 11411-2017.

No desconoce la Sala la existencia una tesis sustentada en el modelo biopsicosocial-1, aplicada por la Corte Constitucional, en donde el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada no depende de la acreditación de una situación de pérdida de capacidad laboral o de un porcentaje de calificación de PCL específico, sino a una afectación en la salud del trabajador que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares (sentencia SU-049 de 2017). Empero, estima esta Sala de decisión que la tesis planteada por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, esto es Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, brinda mayor seguridad jurídica en la medida que ha centrado la procedencia de la protección reforzada al dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, constituyendo un criterio objetivo para identificar la discapacidad.

Habiendo determinado lo anterior, procede esta Sala a establecer si al momento de la mencionada terminación de su contrato de trabajo, el señor ABEL ANTONIO ASCANIO SUÁREZ era sujeto de protección especial por estabilidad laboral reforzada, en virtud de su estado de salud, y por tanto, dicho el despido declarado es ineficaz, debiéndose ordenar a su favor, el reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía, y así como el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación y hasta su reintegro, así como de la indemnización prevista en el artículo 26 de Ley 361 de 1997.

CASO CONCRETO

Conforme a la documental obrante a folio 9 y 10 del plenario, es claro que el día 05 de agosto de 2014 el demandante sufrió un accidente de trabajo cuando «se encontraba encima del andamio a una altura de 1.40 encima de un planchón hiba (sic) a alcanzar una varilla y el planchón se levantó de un lado, perdió el equilibrio y se golpeó en el lado derecho del cuerpo con la sección del andamio».

---

[1] JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Principios Constitucionales y legales del derecho del trabajo en Colombia, 2ª edición. Bogotá, Legis, 2015. Pág. 106.

De la documental vista a folios 12 a 29 del plenario, observa la Sala que durante la ejecución del contrato de trabajo y concretamente desde el accidente de trabajo reportado, el señor ASCANIO SUAREZ fue incapacitado de manera interrumpida, en 18 ocasiones, incapacidades con duraciones de normalmente menos de 10 días, en dos ocasiones 10 y 20 días, y una vez, 30 días, y la última de estas, del 30 de noviembre al 03 de diciembre de 2015; así mismo, de la historia clínica allegada (folios 31 a 134) es evidente que el demandante fue diagnosticado inicialmente con CONTUSIÓN DE TÓRAX, sin encontrar lesiones en las radiografías tomadas y después de varios días de dolor persistente, el 20 de agosto de 2014 le toman un TAC de Tórax, donde se apreció una fractura de 4 costillas; el día 24 de noviembre de 2014 (folio 73) le recomiendan el reintegro laboral como limitación para cargas de peso; posteriormente el día 08 de abril de 2015 fue diagnosticado con HEMOPSTISIS (folio 96); el día 05 de noviembre de 2015 le realizaron una FIBRONASOLARINGOSCOPIA Y un VACIAMIENTO LINFATICO AUXILIAR (folio 111), con diagnóstico de HEMOPTISIS, habiendo sido su último diagnóstico de fecha 30 de noviembre de 2015, de “OTROS TRASTORNOS RESPIRATORIOS CONSECUTIVOS A PROCEDIMIENTOS” y “DOLOR EN EL PECHO NO ESPECIFICADO”;

En ese orden de ideas, funge palmario que, para la fecha de terminación del contrato de trabajo, el demandante presentaba dichas dolencias en su salud, y que además el empleador conocía de su estado, pues a través de los especialistas en salud ocupacional se expidieron sendas recomendaciones médicas en la ejecución de sus labores.

Sin embargo, la presencia de dichas dolencias y el conocimiento del empleador sobre las mismas, no son suficientes para declarar que el señor ASCANIO SUAREZ se encuentra revestido por el fenómeno de la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, pues como claramente se indicó, conforme a la postura asumida por esta Sala, es necesario que las aludidas patologías produzcan una pérdida de capacidad laboral equivalente a un porcentaje igual o mayor a un 15%, situación que en el sub-examine no encuentra respaldo en ningún medio de prueba allegado a los diligenciamientos.

Bajo ese escenario y si bien al trabajador no se le puede exigir la existencia de un Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral al momento de la terminación del contrato, dicho elemento sí debe ser allegado en transcurso del pertinente trámite ordinario laboral con el fin de establecer que el demandante padecía una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15% de PCL y estructurada en vigencia de la relación laboral, el cual puede ser practicado con posterioridad al rompimiento del vínculo laboral.

De esta manera, en los casos en los cuales se debate la existencia del fenómeno de la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, es factible que transitoriamente por vía de tutela se proteja tal derecho fundamental aún sin la presencia de prueba idónea que revele el porcentaje de la Pérdida de Capacidad Laboral del trabajador al momento de la terminación del contrato, ordenando el reintegro a sus labores, todo ello con el fin de establecer durante el pertinente trámite ordinario laboral la concreta PCL del demandante y de esta manera validar la decisión adoptada por el respectivo juez constitucional.

Por lo anterior como acertadamente lo indicó la señor Juez de instancia en el sub-examine no fue allegado o practicado en transcurso del proceso judicial, el respectivo dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral del señor ABEL ANTONIO ASCANIO SUARE, u otro elemento de innegable convicción con el fin de establecer si al momento de la decisión por parte del empleador de terminar el contrato por obra o labor determinada del trabajador sus limitaciones físicas presentaban una PCL igual o superior al 15%, estructurada en vigencia de la relación de trabajo, por lo tanto, no queda camino diferente para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia de fecha 15 de febrero de 2018 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta y así habrá de resolverse.

INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 65 CST

En punto a la indemnización consignada en el artículo 65 del CST, sabido es que la misma no opera de manera automática, debiéndose revisar en cada caso concreto, la conducta del empleador en la falta de pago de prestaciones

sociales al momento de terminación del contrato de trabajo, con el fin de determinar si la misma se encontraba revestida o no de mala fe.

En este caso, la juez A quo al revisar la liquidación de las prestaciones sociales canceladas al actor por la pasiva, encontró que en la misma no se incluyó la totalidad de días laborados por el actor, ya que estos correspondían a 353 días, y no a 348 como fue efectivamente liquidado, calculándose una diferencia de $97.403.

De lo anterior, posible es concluir que no se aprecia la mala fe en la conducta del empleador al haber omitido el pago de las prestaciones sociales correspondientes a 5 días en la liquidación de las prestaciones sociales, ya que la misma fue efectiva, aunque erróneamente, cancelada al actor sin que se denote una voluntad de aquel de desprenderse de su obligación, estando convencido de que la liquidación había sido calculada de manera correcta, por lo que la indemnización solicitada no es procedente, debiéndose CONFIRMAR lo decidido por la Juez A quo en cuanto a absolver a la pasiva de su pago.

AUXILIO DE TRANSPORTE

Con relación al auxilio de transporte, se tiene que alega la parte demandante que si bien la empresa disponía de un bus para desplazamiento de sus trabajadores hasta su lugar de trabajo y de vuelta, el mismo no era óptimo para él; sin embargo, no fue aportado al proceso elemento probatorio del cual se desprenda que el trabajador, ya fuera por su estado de salud, o por otra razón, no podía utilizar dicho medio de transporte ofrecido por la empresa; únicamente, en el testimonio recaudado al señor Alejandro Jauregui Pérez se menciona que él junto con el demandante “pagaban moto”, ya que en «el momento que ya el bus salía, llegaban a la parte que nosotros salíamos a esperarlo ya venía lleno porque siempre era mucha la cantidad de personal entonces solo había un solo bus para el recorrido».

Si bien es cierto para la Sala no es de recibo este argumento ya que se denota una voluntad por parte del trabajador de no utilizar el medio de transporte ofrecido por la empresa, lo cual es aceptado por el artículo 10 del Decreto 1258 de 1959, también lo es que en virtud del parágrafo de dicho artículo, al haber la

empresa dispuesto una ruta especial que recogiera a sus trabajadores y llevarlos a su sitio de trabajo, la misma debe pasar cerca del domicilio del trabajador (a menos de 1.000 mts de su residencia), y en caso de no ser así, la empresa debe cancelar el auxilio de transporte.

Sin embargo, no fue probado en el proceso que el actor debiera desplazarse desde su residencia hasta el punto de recogida, y esto no fue tampoco alegado en la demanda; únicamente, en el testimonio recaudado al señor Jauregui Pérez, cuando la juez le preguntó si tenía conocimiento de que el señor Ascanio, para poder tomar la ruta del bus de la empresa debía tomar transporte urbano, respondió que sí, que les tocaba hacer el recorrido porque vivían en el mismo barrio y él (el demandante) se movilizaba pagando moto taxi.

Así las cosas, surge evidente que es procedente absolver a la empresa de la pretensión relacionada con el pago del auxilio de transporte, debiéndose CONFIRMAR la sentencia apelada en este sentido.

No se condenará en costas en virtud del amparo de pobreza solicitado a folio 225 del expediente.

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 apelada proferida por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 15 de febrero de 2018.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

N O T I F Í Q U E S E

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

_____
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

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

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 27 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54001310500320170-00015, promovido por **Andulfo Peñaloza Jaimes** contra **Mario Guerrero Melo** y **Positiva Compañía De Seguros S.A.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: Depreca el actor, se declare que entre él y Mario Guerrero Melo existió un contrato de trabajo desde el 1 de julio de 2008 hasta el 30

de noviembre de 2012, con un salario de $2'000.000. También que la pasiva actuó de mala fe al realizar elusión en el pago de aportes a seguridad social, con el salario real. En consecuencia, solicita se condene a su empleador al reconocimiento y pago del reajuste de la pensión de invalidez con el salario real devengado, cesantías, intereses a las cesantías, calzado y vestido; la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T.; la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. De la misma manera, pidió se condene al pago de la indemnización plena de perjuicios contemplada en el artículo 216 ibídem, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, intereses a la tasa más alta. Lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas y agencias en derecho.

Adujo para ello: **1) Que** trabajó para Mario Guerrero Melo desde el 1 de julio de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2012 en el cargo de "*Minero Carreto",* con horario de trabajo de lunes a sábado de 6:30 am a 4:00 p.m., con un salario mensual de $2.000.000. **2) Que** solamente recibía como elementos de protección personal un casco y una lámpara. Dice que el resto de elementos requeridos como guantes, botas, vestido de labor, mascarillas eran comprados por su cuenta. **3) Que** en la mina La Victoria, propiedad de Mario Guerrero Melo, no existe personal encargado de mantener y preservar las instalaciones y herramientas. **4) Que** el 3 de febrero de 2012 sufrió un accidente laboral estando trabajando en la Mina La Victoria cuando ingresaba por el inclinado de la misma y fue arrollado por los coches de carbón cargados que se soltaron y aprisionaron su cuerpo a la altura de la cintura. **5) Que** producto del accidente de trabajo sufrió "*trauma cerrado de*

tórax, hematoma lumbar, espondilolistesis traumática L5, hernia L4 y L5, y FX de reja costal", que le generó incapacidad por más de 6 meses, con diagnóstico por "*secuelas de fractura de columna lumbar, secuelas de traumatismo de la médula espinal, atrofia de la pierna izquierda, pie equino".* **6) Que** el último salario fue de $2'000.000 pagaderos en dos quincenas, cubriendo primero el salario mínimo y el restante era cancelado como "auxilio de alimentación". **7) Que** nunca recibió un desprendible de pago que pudiera comprobar cuál era su salario real, pero que en el 2014 le expidieron una certificación laboral en donde se aprecia que devengaba más por alimentación que por salario. **8) Que** fue pensionado por invalidez con un salario mínimo, que empezó a percibir desde diciembre de 2012. **9) Que** el empleador Mario Guerrero Melo liquidó su contrato hasta febrero de 2012, desconociendo el tiempo que duró esperando su pensión y lo hizo con base en el salario mínimo y no sobre el real. **10) Que** no ha recibido pago de las prestaciones sociales, vacaciones, y que solo le dieron 2 dotaciones durante la vigencia de la relación laboral, ni fueron pagadas en dinero o en especie. **11) Que** mediante correo certificado, solicitó al empleador Mario Guerrero Melo llegar a una conciliación para el reajuste de su pensión de invalidez al verdadero salario que percibía cuando era minero. **12) Que** el 4 de agosto de 2015 mediante derecho de petición pidió a Mario Guerrero Melo el pago de todas las acreencias laborales adeudadas tales como el reajuste de la pensión de invalidez y la indemnización por falta de pago.

CONTESTACIÓNES DE LA DEMANDA. **Positiva Compañía De Seguros S.A.**, se apuso a las peticiones. Adujo que el demandante cotizó

sobre una base salarial equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, de manera que no le asiste derecho al reconocimiento pretendido. Señaló que no está llamada a asumir ninguna prestación económica diferente de las establecidas en el sistema de riesgos laborales y que la mesada pensional se liquidó con base en el ingreso base de cotización reportado por el empleador. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, pago total de la obligación, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de título y causa, prescripción y la genérica.

Mario Guerrero Melo se opuso a las súplicas. Admitió la existencia de la relación laboral, la ocurrencia del accidente de trabajo, la terminación de la relación laboral por haber adquirido el trabajador el estatus de pensionado por invalidez. Refiere que al trabajador le fueron canceladas las prestaciones sociales, acreencias laborales y $20'000.000 como indemnización luego de la terminación del contrato. Explicó que el salario promedio del demandante era mayor de un salario mínimo y que fue así como se pactó entre empleador y trabajador. Destacó que en el contrato de trabajo en la cláusula tercera se plasmó el pago con bonos alimenticios y que por eso se efectuaron los aportes a seguridad social con el salario mínimo legal. Desestimó que hubiera incurrido en prácticas de evasión. En cuanto al accidente de trabajo, adujo que está claro que toda actividad laboral por sencilla que sea conlleva para el trabajador el riesgo de sufrir un accidente de trabajo, el cual será menor o mayor según se cuente o no con todas las medidas de seguridad, los protocolos destinados a evitarlos y se cumpla con las normas en salud ocupacional por parte de la empresa y de los trabajadores. Añadió que

cuenta con el personal especializado para ejecutar distintas labores, como manejo de explosivos y en altura debidamente certificados, mantenimiento de equipos y el apoyo permanente de un especialista en salud ocupacional que efectúa las capacitaciones al personal. Que, lleva los registros que exige la autoridad minera y el Ministerio del Trabajo. Propuso las excepciones de inexistencia de derechos por parte del demandante, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, carencia del derecho para reclamar por el hecho de un tercero, carencia del derecho para reclamar por un hecho propio de la víctima, fuerza mayor, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mi representado y a favor del demandante, prescripción- caducidad, buena fe, compensación, las que resulten probadas en el proceso.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el 27 de septiembre del 2018 condenó al empleador a reconocer y pagar a Andulfo Peñaloza Jaime las diferencias de la pensión de invalidez desde el 17 de agosto del 2012 y las que en lo sucesivo se causen, la indexación sobre las sumas reconocidas, pago de las diferencias por concepto de cesantías para el 2010, 2011 y 2012, la diferencia de intereses de cesantías del 2012; intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre designación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las sumas adeudadas. Declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Positiva compañía de seguros S.A. Absolvió a Mario Guerrero Melo de las restantes peticiones y lo condenó en costas.

Consideró que el auxilio de alimentación constituía salario. Sostuvo que no se acreditó que el salario promedio fuera de $2.000.000, procediendo a hacer las operaciones teniendo en cuenta como salario el mínimo legal mensual vigente para el 2010, 2011 y 2012, más el auxilio de alimentación. También, señaló que le asiste derecho al demandante a que le sea reajustada la pensión desde el 17 de agosto de 2012 al 31 de agosto de 2018, teniendo en cuenta el bono de alimentación; diferencias que de conformidad con el artículo 91 del Decreto 1295 de 1994, deben ser asumidas por el empleador. En tal sentido, también ordenó que le fueran reajustadas las cesantías e intereses de las mismas por la vigencia del 2012, al tenerse como factor salarial el bono de alimentación. En cuanto a la indemnización plena y ordinaria de prejuicios consagrada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, adujo que no se observa una culpa comprobada del empleador, en la medida en que, cumplía con las obligaciones de protección y seguridad al ingreso de la mina en el sistema de transporte, que los coches y las guayas estaban en buen estado. Esto a partir del informe rendido por Positiva Compañía de Seguros S.A. Precisó que en caso de existir culpa comprobada del empleador en el accidente de trabajo, el derecho estaría afectado por el fenómeno de la prescripción, debido a que el 21 de agosto de 2012 se calificó la PCL y no se incluyó en la reclamación del 4 de agosto de 2015 presentada ante Mario Guerrero Melo.

RECURSOS DE APELACIÓN: **Andulfo Peñaloza Jaimes** aspira a que se revoque parcialmente la sentencia. Aduce que el pago de las cesantías solo es exigible a partir de la terminación del contrato de trabajo, y que por ello

no está de acuerdo con la decisión de que estas y la indemnización por la no consignación a un fondo de las cesantías del 2010, 2011 y 2012, se encuentran afectadas por el fenómeno jurídico de la prescripción. Resalta que el fenómeno aludido debe contarse a la terminación del convenio. En cuanto a la exoneración de la culpa patronal y del pago de los perjuicios morales por el accidente de trabajo, refiere que no se encuentran prescritos, debido a que en la reclamación del 4 de agosto del 2015 se menciona "indemnización de perjuicios morales y materiales". Sostiene que se logró probar la culpa patronal en el accidente de trabajo, al no cumplir con sus obligaciones de mantener adecuado el sitio de trabajo y evitar accidentes; de tal circunstancia da cuenta las recomendaciones que le hizo la ARL Positiva S.A. a Mario Guerrero Melo, después del accidente de trabajo, consistentes en poner en marcha acciones de cuidado, seguridad industrial, tales como la implementación de alarmas, pitos y señalizaciones del peligro en la mina. Alude que al momento de sufrir el accidente no se contaba con personal de asistencia médica ni ambulancias, por lo que fue trasladado en un bus viejo provocándole más dolor. Añade que no existían nichos de protección para que el trabajador pudiera salvaguardarse y evitar así un accidente de trabajo, que no había seguridad industrial, capacitación, señalización, ni se les hacía mantenimiento preventivo a los equipos. Manifiesta que hubo indebida apreciación probatoria, por el cambio que hubo de juez, ya que, el anterior fue el que recaudó las pruebas, violándose así que el principio de inmediación. Aduce, que hubo mala fe del demandado al afiliar los trabajadores a la seguridad social por el salario mínimo desconociendo el verdadero.

Mario Guerrero Melo, aspira a que se revoque la sentencia. Considera que el fallador de primer grado se equivocó al concluir que el actor cumple los requisitos para que le sea reajustada su pensión, luego de estimar que debió haber cotizado los aportes a la seguridad social por la totalidad del valor devengado, sin tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 344 de 1996 en su artículo 15, sobre la validez de los acuerdos entre los empleadores y los trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario. Norma que dice modificó el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo. Sostiene que se desconocieron los artículos 15 de la Ley 50 de 1990, 127, 128 y 132 CST y 84 de la Ley 788 2002 que modifica el artículo 387 del Estatuto Tributario. Estima que son válidos los contratos que excluyen los bonos alimenticios o tickets de alimentación de la base para liquidar los aportes a la seguridad social. Menciona que igualmente que el *a quo* se equivocó considerar que no existió un acuerdo entre trabajador y empleador durante la existencia del contrato sobre el empleo de los bonos alimenticios, de los pagos a seguridad social sobre el salario mínimo, para dar por demostrado que hubo mala fe y encontrara procedente la respectiva indemnización.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Positiva Compañía De Seguros S.A., manifiesta que las características del Sistema General de Riesgos Laborales, determinan obligaciones a los empleadores, como la de afiliar a sus trabajadores dependientes al sistema, de pagar las cotizaciones que se contemplan en el Decreto 1295 de 1994, las

cuales están a su cargo, y que el incumplimiento de dicha obligación, le genera al responsable de la cotización o al empleador, el deber de acarrear con las prestaciones sociales que consagra el sistema. Frente al ingreso base de cotización en el Sistema General de Riesgos Laborales, alude que está determinado por los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa del artículo 17 del Decreto 1295 de 1994, el cual determina que, dicho ingreso base de cotización, corresponde al salario mensual que percibe el asegurado al sistema, y para los trabajadores privados, según lo que determina el Código Sustantivo del Trabajo. Considera así, que al demandante no le asiste el derecho al reconocimiento pretendido en el presente proceso, debido a que no está llamada legalmente a asumir ninguna prestación económica diferente de las establecidas en el Sistema General de Riesgos Laborales y según el Ingreso Base de Cotización reportado por el Empleador dentro del término legalmente establecido para el efecto, y en consecuencia, solicita mantener la decisión.

Andulfo Peñaloza Jaimes, insiste en los argumentos expuestos en el recurso de alzada, los cuales consistieron en que, durante la relación laboral, Mario Guerrero Melo le pagó su salario en modalidad a destajo por la suma de $2.000.000, haciéndole firmar planillas por el salario mínimo y que el excedente lo hacía pasar por bonos de alimentación, según folios 11 al 16, evadiendo así el a la seguridad social de acuerdo al salario real devengado, en donde solo reportaba un IBC de un salario mínimo.

En cuanto al accidente de trabajo, refiere que la entrada de la mina es la misma por donde salen y entran mineros y vagones de carbón, y que él fue arrollado por los coches porque se soltaron, debido al mal estado de las guayas que lo sostenían, y a los vagones que no tenían los descarriladores; que tampoco se le podían avisar de que los vagones se habían soltado, debido a que en la mina no habían sistemas de pitos, sirenas, alarmas, y que de haber existido, se hubiese podido evitar el accidente de trabajo, debido a que no existían nichos de protección en donde se pudiera salvaguardar, y que dicha información fue corroborada por los testigos Emel Sepúlveda, Enrique Vega Rolón, y Fabio Granados Serrano.

Mario Guerrero Melo, reitera los argumentos esgrimidos tanto en la contestación al libelo genitor, como en el recurso de apelación, sostiendo que, el *a quo* se equivoca al concluir que al demandante se le debe ajustar su pensión, por considerar que los aportes a la seguridad social se debieron haber cotizado por la totalidad del valor devengado por el trabajador, desconociendo lo dispuesto en la Ley 344 de 1996 artículo 17, sobre la validez de los acuerdos celebrados entre empleadores y trabajadores, sobre los pagos que no constituyen salario, desconociendo además los efectos de excluir los dineros cancelados mediante bonos alimenticios o tiques de alimentación de la base para liquidar los aportes a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993, que dicho acuerdo entre el empleador y el trabajador se pactó expresamente en el contrato de trabajo en la cláusula tercera, que además contiene literalmente en sus parágrafos, las disposiciones legales que lo permiten y que le asignan sus efectos y su

alcance. (Art. 15 de la ley 50 de 1990 y Art. 17 de la Ley 344 de 1996. Explica que celebró contrato con la empresa Bonos Multiusos Pass S.A.S en el 2004, con el fin de acoger el beneficio creado por el legislador, para preservar el empleo y aliviar las cargas legales suyas y del trabajador. Manifiesta que se prueba con las planillas de pago aportadas con la contestación de la demanda, el pago por el salario mínimo conforme al acuerdo efectuado y el pago de los excedentes devengados pagados en bonos, sin que le deba suma de dinero al trabajador, como consta en las liquidaciones anuales que reposan en el expediente. Finaliza diciendo, que no existe evasión y ni mala fe, por cuanto el trabajador se encontraba afiliado al sistema integral de seguridad social, tal y como se logra probar en las planillas de pago reflejan que el realizó los pagos al fondo de pensiones como está señalado para las actividades de alto riesgo en un 26% de salario base de cotización.

3o.CONSIDERACIONES

No existiendo discusión sobre el vínculo contractual que ató a los litigantes, los extremos de éste, las labores desempeñadas, y el reconocimiento de la pensión de invalidez en cuantía de $566.700 a partir del 17 de agosto de 2012, deberán resolverse los siguientes asuntos: **(i).** Establecer si el "auxilio de alimentación" percibido por el demandante, constituye o no salario. Dependiendo de esto, si es procedente o no el reajuste de la pensión de invalidez del actor. También debe estudiarse **(ii).** Si debe o no ordenarse el pago de las cesantías por todo el tiempo laborado y la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; **(iii).** Si debe o no condenarse

al demandado al pago de la indemnización plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 del CST.

Entre las pruebas destacadas para resolver el asunto se encuentran las siguientes:

- Contrato de trabajo suscrito entre las partes el 02 de enero de 2012, en donde en la cláusula tercera, se pactó lo siguiente: "*REMUNERACIÓN* (…) PARAGRAFO SEGUNDO: *"las partes acuerdan que en los casos en que se le reconozcan al TRABAJADOR beneficios diferentes al salario,* ***por concepto de alimentación,*** *habitación o vivienda, transporte y vestuario, se consideran tales beneficios o reconocimientos como no salariales y por tanto no se tendrán en cuenta como factor salarial para la liquidación de acreencias laborales, ni el pago de aportes parafiscales de conformidad con el arts. 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, en concordancia con el art. 17 de la ley 344 de 1996(*negrilla fuera de texto*)".*
- Informe rendido por el empleador de accidente de trabajo en donde se precisa que *"EL TRABAJADOR SE ENCONTRABA INGRESANDO SOBRE EL INCLINADO DE LA MINA, DE REPENTE ARROLLADO POR LOS COCHES, OCASIONANDO FUERTE DOLOR Y GOLPESN ALREDEDOR DEL CUERPO*". (fl.18)
- Dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la ARL Positiva Compañía de Seguros, en el que se señala un porcentaje del 50.17% de PCL. (fl. 19)
- Reconocimiento de pensión de invalidez por parte de la ARL Positiva Compañía de Seguros en cuantía de $566.700. (fl.24)

- Derecho de petición dirigido al empleador solicitando una conciliación sobre el valor cotizado en el régimen de riesgos laborales por una cantidad inferior al salario real devengado. (fl. 40)
- Derecho de petición dirigido al empleador solicitando el reajuste de la pensión y pago de prestaciones sociales causadas en vigencia de la relación laboral, radicado el 04 de agosto de 2015 (fl. 45)
- Contrato de prestación de servicios suscrito entre el demandado Mario Guerrero Melo y la empresa Bonos Multiusos S.A., el cual tuvo por objeto *"Suministrar el valor en Bonos que solicite el Afiliado en los valores que estipule para ser entregados a sus trabajadores considerándolos o no como de beneficio social o tributario para el afiliado de acuerdo al Art. 387-1 del Estatuto Tributario y Art. 15 de la Ley 50/90."* (fl.166)
- Planillas de auxilio de alimentación (fls. 167 a 239)
- Constancia de inducción al trabajo de minería (fl. 299)

También se recibieron los testimonios de **Enrique Vega Rolón:** quien fungió como compañero de trabajo del actor e informó que el empleador le pagaba el salario mínimo, pero que ganaba más, que dicho excedente era cobrado en la oficina y en ocasiones por alguno de los compañeros de trabajo quienes lo traían hasta Guaymaral; que el procedimiento era ir donde la señorita Erika y a quien se encomendaba para ello firmaba por los 3 o 4 y la plata llegaba en un sobre blanco. Precisó que el salario mínimo era garantizado por la empresa y era pagado en Guaymaral, pero que llegaba un excedente que representaba más del mínimo y que se conocía en ese medio como "bono" el cual era pagado en efectivo. Pagos que dice se realizaron

durante la vigencia de la relación laboral que él tuvo. Destacó que la manera en que se pagaban los bonos lo fue por disposición del empleador.

Fabio Granados Serrano compañero de trabajo del actor manifestó que cuando empezó a laborar le pagaban el sueldo con todo, "en donde se incluía la liquidación"; y cuando se formó como empresa se pagaba el mínimo por planilla, ganaban un promedio de $800.000 o un $1.000.000, por quincena, pero que el excedente lo cancelaban en un sobre en la oficina. Adujo que el pago seguramente se efectuaba en la planilla por el mínimo para no pagarlo promediado. Comenta que inicialmente se pagaba promediado donde se descontaba para seguridad social entre $80.000 o $120.000 y trabajaban seis (6) meses, pero después la empresa dijo que volvían a pasar al mínimo. Aseguró que no fue un consenso entre trabajadores y el empleador, que lo fue por disposición de la empresa; que por mucho tiempo no se dijo nada sobre ese asunto porque todos trabajan por lo mismo y todas las empresas mineras trabajan de esa manera, que son muy pocas las que pagan promediado.

Cesar Cristancho Ramón también compañero de trabajo del actor, indicó que le pagaban el salario mínimo y horas extras. Que le pagaban una bonificación por horas extras, y que estuvo de acuerdo en esos términos y que estaban acostumbrados a cobrar esas platica completa. Explicó que esa bonificación no se incluye en la liquidación que la misma "va por aparte".

Erika Osorio Castellanos de profesión contadora pública, quien trabaja en el departamento contable al servicio del demandado, refirió que el salario pagado al demandante fue el acordado en el contrato de trabajo y que *"si en el transcurso de que él estuviera trabajando obtenía algo más del salario se le daría como bonos por medio de la empresa multiusos Paz"*. Aseguró que desde que comenzó a trabajar con "Don Mario" se contrató con Multiusos Paz que era la empresa encargada de expedir los bonos multiusos. Relató que "normalmente en las quincenas cuando llega la nómina, uno hace la relación de cuánto es el salario básico por el que esté afiliado el trabajador y el restante se le dan en los bonos multiusos".

Resaltó que *"el propósito de dichos bonos es que los trabajadores obtienen menos descuentos en la parte de seguridad social"*, esto en atención a los reclamos que muchos trabajadores hicieron en la oficina por el monto excesivo de descuento en seguridad social, el valor a pagar en la cuota moderadora de la EPS. Dice que inclusive algunos trabajadores les vedaron el subsidio familiar por hacerse las cotizaciones por encima de los cuatro (4) salarios mínimos; los descuentos. Explicó que algunos pasaron de pagar $40.000 en salud y pensión para cancelar entre $150.000 y/o $160.000. Que ante esa situación se "llegó al acuerdo con Don Mario de volver a utilizar lo de los bonos Multiusos"; que dicho acuerdo se plasmó en el contrato de trabajo. Aseveró que el pago a través de los bonos tenía unas ventajas para la empresa consistente en "se acogió a lo de las leyes, porque el gobierno también le brinda esa oportunidad (…) También tenía la disminución en el pago de seguridad social (…) tiene ventajas tributarias, en la parte de seguridad social,

como la empresa aporta pensión por el 16%, pues entonces ahí se notaba algo la disminución en el aporte a seguridad social".

Del pago del bono de alimentación y su incidencia salarial.

Frente al pago de los bonos de alimentación y su incidencia salarial, revisada la prueba documental allegada, milita copia del contrato de trabajo en donde se acordó en la cláusula tercera lo siguiente: "*REMUNERACIÓN* (…) PARAGRAFO SEGUNDO: *"las partes acuerdan que en los casos en que se le reconozcan al TRABAJADOR beneficios diferentes al salario,* ***por concepto de alimentación,*** *habitación o vivienda, transporte y vestuario, se consideran tales beneficios o reconocimientos como no salariales y por tanto no se tendrán en cuenta como factor salarial para la liquidación de acreencias laborales, ni el pago de aportes parafiscales de conformidad con el arts. 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, en concordancia con el art. 17 de la ley 344 de 1996(*negrilla fuera de texto*)".*

También se observa a folios 167 a 239 el reporte de planillas de auxilio de alimentación, los cuales fueron cancelados al demandante durante toda la relación laboral y certificación laboral suscrita por el empleador en la cual se consignó lo siguiente: *"MARIO GUERRERO MELO, CERTIFICA que el señor ANDULFO PEÑALOZA JAIMES, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.196.245 expedida en Sardinata, recibió durante el periodo comprendido de 01 de enero de 2011 al 30 de diciembre del mismo año por concepto de salarios: $6.427.200 Auxilio de alimentación $6.538.000 (…)"*

Ahora, como el demandante aduce desde el escrito genitor que tales emolumentos constituyen factor salarial, en la medida en que, retribuyeron el servicio prestado, y en consecuencia debe ordenarse la reliquidación de sus aportes a la seguridad social y de la pensión de invalidez reconocida, deberá determinarse si el empleador se encuentra facultado o no para modificar de manera consensuada con el trabajador la asignación salarial.

Tal situación en la legislación laboral está relacionada con la llamada desalarización, la cual fue objeto de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 1798 de 2018, en la cual precisó que, por regla general los pagos realizados al trabajador por su actividad subordinada corresponden a pagos salariales, a menos que correspondan a: (1) prestaciones sociales, (2) las sumas pagadas al trabajador para desempeñar a cabalidad sus funciones, (3) sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador, (4) pagos que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo, tales como subsidio familiar, indemnizaciones, viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación, (5) beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario, tales como alimentación o vestuario, las primas extralegales de vacaciones, los de servicios o de navidad, presupuestos establecidos en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo (CST).

Para que sea válido el pacto encaminado a determinar que ciertos beneficios o auxilios extralegales o contractuales no tendrán incidencia salarial, explicó la Corte, debe ser expreso, claro, preciso y deben detallarse los rubros cobijados en él, no siendo posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas. Indicó igualmente que la duda en torno a la naturaleza de los pagos realizados, debe resolverse a favor del trabajador, esto es, que para todos los efectos el pago tendrá naturaleza salarial.

Finalmente, el órgano de cierre puntualizó que la facultad consagrada en el artículo 128 del CST, no permite despojar de su naturaleza salarial, un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, reiterando que *"la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo"*. Concluyó que sí, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es; e insistió en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, guarda relación con el hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación

específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.

Por manera que, si bien en el sub-analice, las partes pactaron que *"en los casos en que se le reconozcan al TRABAJADOR beneficios diferentes al salario,* ***por concepto de alimentación,*** *habitación o vivienda, transporte y vestuario, se consideran tales beneficios o reconocimientos como no salariales y por tanto no se tendrán en cuenta como factor salarial para la liquidación de acreencias laborales, ni el pago de aportes parafiscales"*, tal convenio carece de validez, en la medida en que, como se indicó, las partes no podrán modificar en virtud del art 128 del C.S.T., conceptos cuya naturaleza es salarial y lo percibido por el actor a título de "*auxilio de alimentación"*, tenía causa directa en los servicios que le prestaba a la compañía como lo prevé el art. 127 del C.S.T.. Esto más allá de la denominación que se le haya otorgado. En efecto, nótese como en el contrato de trabajo en su artículo tercero, específicamente en el parágrafo segundo, se estableció de forma genérica que los beneficios por concepto alimentación carecían de incidencia salarial, sin que de manera expresa clara, precisa y detallada se establecieran los rubros cobijados en el denominado "auxilio de alimentación", no siendo posible a juicio del órgano de cierre , como se explicó, el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, pues, la duda en torno a la naturaleza de los pagos realizados,

debe resolverse a favor del trabajador, esto es, que para todos los efectos, el pago tendrá naturaleza salarial.

Téngase presente, además que antes de ejercerse la carga probatoria que le asistía al empleador, esto es demostrar que el "auxilio de alimentación" no retribuía el servicio, por el contrario, los testimonios dan cuenta, de que pese a la denominación que se le dio al auxilio referido, tal retribuía el servicio. Mírese como **Enrique Vega Rolón**, sostuvo que el salario mínimo era garantizado por la empresa y era pagado en Guaymaral, pero llegaba un excedente que representaba más del mínimo y que se conocía en ese medio como "bono", el cual era pagado en efectivo; pagos que se realizaron durante la vigencia de la relación laboral que él tuvo. En igual sentido, militan las declaraciones de **Fabio Granados Serrano** quien manifestó que cuando empezó a laborar le pagaban el sueldo con todo, "en donde se incluía todo en la liquidación"; y cuando Mario Guerrero Melo se constituyó como empresa se pagaba el mínimo por planilla, pero ganaban más, un promedio de $800.000 o un $1.000.000, por quincena, pero que el excedente lo pagaban en un sobre en la oficina. Aseguró que tal situación, no fue un consenso entre trabajadores y el empleador, que lo fue por disposición de la empresa y **Cesar Cristancho Ramón** quien indicó que le pagaban el salario mínimo más una bonificación, que no se incluía en la liquidación, pues esta "va por aparte".

Tales deposiciones coinciden con el dicho de Erika Osorio Castellanos, quien como se indicó, trabaja en el departamento contable al servicio del

demandado y afirmó que el salario pagado al demandante fue el acordado en el contrato de trabajo y que *"si en el transcurso de que él estuviera trabajando obtenía algo más del salario se le daría como bonos por medio de la empresa multiusos Paz"* (…) *normalmente en las quincenas cuando llega la nómina, uno hace la relación de cuánto es el salario básico por el que esté afiliado el trabajador y el restante se le dan en los bonos multiusos"*. Resaltó que *"el propósito de dichos bonos es que los trabajadores obtienen menos descuentos en la parte de seguridad social"*, esto dice, en atención a los reclamos que muchos trabajadores habían efectuado en la oficina por el monto excesivo de descuento en seguridad social, el valor a pagar en la cuota moderadora de la EPS y la pérdida de los subsidios otorgados por la caja de compensación familiar.

Cabe resaltar el hecho de que el monto del denominado *"auxilio de alimentación",* para la vigencia del 2011 correspondiera a $6.538.000, es decir, superior a lo percibido por concepto de salario, esto es $6.427.200 (folio 10). Circunstancias que antes de probar que tal suma no tenía incidencia salarial y era destinada a la alimentación del demandante, valga decir, mejoraba su calidad de vida, da cuenta en realidad, que lo percibido retribuía el servicio.

Al amparo de estos parámetros, no es posible darle validez y por ende eficacia al pacto de desalarizaciòn contenido en el contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 43 del C. S. del T., en la medida en que, se desnaturalizó la incidencia salarial, de pagos que en esencia retribuyeron el servicio prestado por el actor, y, los susodichos lejos de ser esporádicos,

fueron efectuados de forma regular como lo denotan los desprendibles de pago visibles a folios 167 a 239.

Siendo diáfano y contundente que la cláusula de desalarización contenida en el contrato de trabajo suscrito entre las partes es ineficaz a la luz del art. 43 del C.S.T., el denominado "auxilio de alimentación" tienen connotación de salario, en tanto no era posible darle una naturaleza distinta a lo que la ley dispuso, y además aun cuando exista un pacto de desalarización entre las partes que no tiene un fin específico y que se reconoce con habitualidad, puede entenderse como retributivo del servicio a falta de cualquier medio para desvirtuar su condición salarial, debiéndose entonces confirmar lo decidido por el *a quo* en este aspecto. En consecuencia, contrario a lo sostenido por el recurrente es procedente el reajuste de los aportes a seguridad social y por ende el monto de la pensión reconocida a favor del actor.

De la prescripción de la acción para reclamar el auxilio de cesantías y la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En lo tocante con la alzada interpuesta por la activa y que tiene como finalidad se acceda al pago de las cesantías para la vigencia de los años 2010, 2011 y 2012, debe indicarse que revisada la decisión de primera instancia, tal petición fue concedida; nótese como tanto en la parte considerativa y en el numeral sexto de la resolutiva se condenó a la pasiva al pago de "cesantías 2010 $611.387, cesantías 2011 $1.126.850, diferencia cesantías 2012

$504.759". Así que, estableciendo el artículo 320 del C.G.P., aplicable por remisión analógica que permite el artículo 144 del código abjetivo laboraly de la seguridad social: "*Fines de la apelación e interés para interponerla. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión. Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia (…)"* **,** no le asiste a la activa interés para recurrir teniendo en cuenta, como se dijo atrás, que tales conceptos reclamados en el recurso fueron concedidos por la primera instancia.

En lo atinente a la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que según el actor no se encuentra prescrita en la acción para su reclamo, pues el término de prescripción se contabiliza desde la fecha de terminación del contrato de trabajo, debe indicarse que efectivamente, el término prescriptivo del auxilio de cesantías debe contabilizarse desde el momento de la terminación del contrato de trabajo, que es cuando verdaderamente se hace exigible tal prestación en los términos del artículo 249 del CST[1]. No sucede lo mismo frente a la indemnización contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual en los términos de la norma que la s prevé, se hace exigible al 15 de febrero del año siguiente en el que

[1]ARTICULO 249. REGLA GENERAL. Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.

se causa el auxilio referido, ya que, el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

Aclarado lo anterior, como respecto al pago de las acreencias e indemnizaciones se propuso el medio exceptivo de prescripción, debe señalarse que, al tenor de los artículos 151 del C. P. del T.S.S. y el art. 488 del C. S del T., las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres (3) años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Previéndose igualmente que el simple reclamo escrito presentado por el trabajador interrumpe dicho término.

Como se tiene que la relación laboral terminó el 30 de noviembre de 2012, el 4 de noviembre de 2015 se presentó reclamación escrita al empleador frente al pago de acreencias laborales e indemnizaciones de los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, la presentación de la demanda ocurrió el 19 de diciembre de 2016, y además el auto admisorio de la demanda se notificó dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tal al demandante, de conformidad con el art. 94 del C.G.P., es claro que la acción para reclamar la sanción por no consignación de las cesantías causada con anterioridad al 04 de noviembre de 2012, se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción. En tal virtud, no le asiste razón al recurrente, cuando sostiene que la acción para reclamar tal concepto no estaba afectada por el fenómeno jurídico de marras.

Finalmente, debe precisarse que la indemnización contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en su numeral 4º prevé que *"Si al término de la relación laboral existieron saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos"*. Así, cuando se tiene que la relación laboral terminó el 30 de noviembre de 2012, lo procedente era pagar el auxilio aludido directamente al trabajador, sin que se requiriera la consignación en un fondo de dicho concepto por la vigencia del 2012. De tal manera, al no haber incumpliendo frente al plazo previsto para la consignación de las cesantías, esta petición n no está llamada a prosperar respecto a la vigencia aludida.

De la indemnización plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 del C.S.T.

Aduce la activa que no le asiste razón al *a quo*, cuando absolvió a la pasiva de la indemnización plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., al considerar que no existía culpa del empleador en el accidente de trabajo que sufrió y estar prescrita la acción para reclamar la indemnización respectiva.

Como se señaló en precedencia, no fue objeto de discusión la ocurrencia del accidente de trabajo del actor el 3 de febrero de 2012, procediéndose entonces a establecer si existe culpa patronal y por ende si hay o no lugar al

reconocimiento y pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios reclamada en cabeza de Mario Guerrero Melo. Esto necesariamente implica arribar al artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo que establece:

"Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo"

Sobre dicha culpa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dejado sentado que si bien la responsabilidad para cubrir las prestaciones comunes que el sistema regula, es de naturaleza objetiva, pues basta al beneficiario acreditar el vínculo laboral y la realización del riesgo, no ocurre lo mismo cuando lo que se demanda es el pago pleno de perjuicios no incluidos dentro de las prestaciones que el sistema prevé, pues, en ésta última eventualidad la responsabilidad tiene una naturaleza subjetiva, de modo que, además de la demostración del daño, se debe probar plenamente por quien alega el hecho, que el empleador incumplió con los deberes de protección y seguridad que según lo señalado por el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo le corresponden.

En relación con el primer presupuesto esto es la demostración del daño en la integridad del trabajador, se encuentra la ocurrencia del insuceso que produjo *"fracturas costales, derrame pleural bilateral, fractura de facetas articulares y*

espondilolistesis de L5, compromiso severo bilateral de L5, S1 Y S2 con compromiso axonal y trastorno importante de la marcha", según se demuestra con el dictamen de calificación de la capacidad laboral y determinación de la invalidez que reposan a folios 19 a 23.

Accidente que según el informe de la ARL se produce cuando el trabajador ingresando por el inclinado de la mina, es arrollado por los coches, ocasionándole un fuerte dolor y golpes alrededor del cuerpo. Requiriendo según el actor prolongada atención médica.

En ese orden, queda acreditado que el accidente que padeció el accionante, se reputa como de trabajo y bajo esa conclusión procede el examen de las súplicas de la demanda que se fundamentan en dicha premisa fáctica y legal.

Se reitera que para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del C. S. T., la ley exige además de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, la *'culpa suficientemente comprobada'* del empleador, contrario sensu a lo que ocurre con las prestaciones económicas y asistenciales previstas en los artículos 249 y siguientes de la Ley 100 de 1993, Ley 776 de 2002 y demás normas que las reglamentan, especialmente las establecidas en el Decreto 1295 de 1994, que se causan por el solo acaecimiento de cualquiera de las contingencias anotadas, sin que para ello se requiera de una determinada conducta del empleador.

Al ser de naturaleza subjetiva la responsabilidad que conlleva la indemnización ordinaria y total de perjuicios, su establecimiento amerita: 1) la demostración del daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo; 2) la prueba del incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad que, según lo señalado por el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo general le corresponden y 3) los que de manera particular le conciernen según art 57 numerales 1 y 2, esto es , poner a disposición del trabajador los instrumentos adecuados para realizar la labor y procurar a los trabajadores elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente su seguridad y la salud.

Así pues, los deberes de protección y seguridad que tiene el empleador con su trabajador le imponen la carga de que en desarrollo y ejecución de la relación de trabajo, se adopten las medidas necesarias y adecuadas, atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que aquél sufra menoscabo de su salud o integridad a causa de los riesgos del trabajo. Si ello no ocurre así, es decir, incumple culposamente estos deberes que surgen con ocasión al contrato de trabajo, deviene entonces, la responsabilidad del empleador de indemnizar ordinaria y totalmente al trabajador por los daños causados. Indemnización que comprende en la órbita patrimonial tanto el daño emergente como el llamado lucro cesante, y en la extra-patrimonial los perjuicios morales y fisiológicos o a la vida de relación.

En punto a la exigencia de demostrar la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, para hacer viable la indemnización ordinaria y total de perjuicios que regula el citado art. 216 del C.S.T., la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de junio de 2006 radicación No. 22656, sostuvo que esta carga probatoria corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 167 del CGP, hoy 177 del CGP. Es decir, a éste compete *'probar el supuesto de hecho'* de la '*culpa'*. Causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual bilateral es llamada por la ley '*culpa leve'* que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear '*diligencia o cuidado ordinario o mediano'* en la administración de sus negocios.

De suerte que, la sola prueba del incumplimiento del empleador, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que le conciernen conforme a los artículos 56 y 57 numeral 2º frente a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el accidente de trabajo o de la enfermedad profesional. No obstante, éste puede liberarse de la culpa que lo hace responsable del daño y que se le enrostra, acreditando diligencia y cuidado en la realización del trabajo, prueba que conforme al art. 1604 del C.C. incumbe al que ha debido emplearlo.

Carga atribuida al actor que no se encuentra satisfecha en el sub-analice, habida cuenta que, del relato fáctico de la demanda, solo se extrae que el accidente de trabajo *"fue ocasionado por la falta de seguridad industrial en el mantenimiento y organización de la empresa",* incumpliéndose así por el deprecante, el deber de probar plenamente que el empleador incumplió con los deberes de protección y seguridad que le corresponden. Nótese, que no se indica en qué consistió la falta de seguridad industrial. Por ejemplo no se dice si se le brindaron o no los elementos de seguridad para realizar la labor encomendada o si se le capacitó o no para ejecutar tal, no se sostiene cuál fue el incumplimiento del deber de cuidado del dador de laborío.

Téngase en cuenta que, en cuanto a la exigencia de demostrar la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, para hacer procedente la indemnización ordinaria y total de perjuicios prevista el citado artículo 216 del C.S.T., el órgano de cierre ha sido enfático en sostener, que esta carga probatoria corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del CGP. Es decir, a éste compete *'probar el supuesto de hecho'* de la '*culpa',. P*resupuesto que se repite, no se da en el caso de marras, pues, del libelo genitor nada se extrae al respecto y de manera genérica solo se menciona que existió culpa del empleador en el accidente de trabajo al no contar con "seguridad industrial", sin que de tal afirmación puede desprenderse cuáles fueron los deberes que como dador del laborío se incumplieron. En otras palabras, no se dice en qué consistió

la culpa alegada y por ende ninguna actividad probatoria se desplegó sobre el particular.

Bajo estos parámetros, el acaecimiento del accidente no puede derivarse de la culpa patronal que se persigue, en el entendido de que el trabajador no alcanzó a probar el supuesto de hecho del art. 216 del C.S.T., esto es la culpa comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente. Se ocupó sí , en demostrar el estado de salud, sus diagnósticos, procedimientos y el otorgamiento de la pension de invalidez como consecuencia del 50, 17% de PCL. Aspectos estos que debe atender el sistema de riesgos laborales, por cuanto fue transferida esta obligación a la respectiva administradora, mas, no de aportar elementos de juicio convincentes sobre la negligencia o violación de las normas de salud ocupacional por parte de la pasiva.

Importa destacar, que aun en el caso de haberse demostrado una culpa suficiente por parte del empleador en el accidente de trabajo acecido, la acción para reclamar la indemnización plena de perjuicios que se depreca, se encuentra afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción como pasa a explicarse.

Las normas procesales y sustantivas que regulan la materia laboral indican que los derechos prescriben en tres (3) años desde que se hizo exigible la obligación, aunque puede ser interrumpida a través de dos mecanismos diferentes y no excluyentes: la extrajudicial, mediante la presentación al

empleador del simple reclamo escrito por el trabajador respecto de un derecho determinado, y con la presentación de la demanda, aclarándose que en el caso bajo sub-analice, el término prescriptivo comienza a contabilizarse desde el momento en que el trabajador tuviera conocimiento del dictamen que calificó su PCL o la fecha en que quedó en firme el dictamen pericial.[2]

Así, a folios 19 y s.s. se encuentra el dictamen de pérdida de capacidad laboral, precisándose en la demanda le fue le notificado al demandante el 28 de noviembre de 2012, mediante oficio "syc-49086", donde se le informa "el reconocimiento de su pensión de invalidez mediante **Dictamen Médico Laboral No. 430319 del 21/08/2012**, en el cual le determinó una pérdida de capacidad laboral del 50.17% estructurada el **17/08/2012"(adjunto prueba).** Significa esto que desde esa data, el actor tuvo tres (3) años para peticionar la indemnización plena; acción que prescribió si se tiene en cuenta que la demanda fue radicada el 19 de diciembre de 2016, cuatro (4) años después de hacerse exigible el derecho; sin que pueda entenderse que con la reclamación vista a folios 45 a 48, que hizo el trabajador en busca del reconocimiento de sus derechos laborales, la cual fue entregada al empleador el 04 de agosto de 2015, se haya interrumpido el término prescriptivo, como lo aduce el recurrente, pues al revisar su contenido en parte alguna peticiona la indemnización deprecada desde el libelo genitor. En otras palabras, tal reclamación no logra interrumpir el término prescriptivo de la acción para reclamar la indemnización de marras.

[2] SL 1463-2018, radicación No. 58378

Al cobijo de estos argumentos, dable es concluir que la decisión que adoptó la primera instancia, se ajusta a derecho y procede su confirmación en cuanto a este apartado.

Indemnización Moratoria del art. 65 del C.S.T.

Es preciso indicar que tal sanción no es de aplicación automática, sino que depende de la presencia o no de una buena fe, en el actuar del empleador. Buena fe que se traduce en la rectitud de una conducta. En otras palabras, no es que se presuma la buena fe o que deba demostrarse su ausencia, sino que la indemnización opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su actuar, que respalden un comportamiento asistido de la misma, es decir recto y leal. (Ver sentencias SL15.507-2015, SL8216-2016 y SL6621-2017).

En el sub-lite, como lo evidenció el *a quo*, no se observa probidad en el proceder de Mario Guerrero Melo, al disfrazar la modalidad del contrato de trabajo, desmejorando así las condiciones laborales del trabajador. Como queda demostrado el vínculo de los litigantes se dio a través de dos contratos de trabajo sin solución de continuidad, el primero del 1 de agosto de 2008 al 28 de febrero del 2009, y el segundo del 15 de junio de 2010 al 30 de noviembre de 2012 y, contrario a un obrar recto, la pasiva obtuvo provecho económico a costa de la privación o disminución de los derechos mínimos

irrenunciables del trabajador, como es el caso de la no consignación de forma legal y oportuna del auxilio de cesantías. Ante esto, es evidente que no puede exonerárseles del pago de la sanción aludida, en la forma indicado por el a quo, es decir, Ahora bien, como la demanda fue presentada el 05 de junio de 2017, es decir, el empleador solo deberá pagar al demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria calculados sobre la base de prestaciones sociales adeudados, desde la finalización del contrato, hasta cuando el pago se verifique, de conformidad con el art. 65 del C.S.T., al haberse presentado la demanda trascurridos 24 meses desde la terminación.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del CGP, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, no se impondrá constas en esta instancia, al haber prosperado parcialmente la demanda.

4o. DECISIÓN

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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE

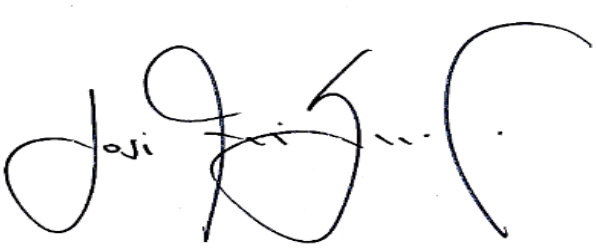
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 26 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica en **ESTRADOS.**

Los Magistrados,

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre 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
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-003-2017-00220-01
Partida Tribunal: 18486
Juzgado: Tercero Laboral Circuito de Cúcuta
Demandante: Josefa Merchán Duque
Demandada (o): Jesús Merchán Duque
Tema: Contrato de Trabajo
Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto 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 Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 7 de febrero de 2019, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-003-2017-00220-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18486 promovido por la señora JOSEFA MERCHÁN DUQUE en contra del señor JESÚS MERCHÁN DUQUE.

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. A N T E C E D E N T E S

La demandante por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra del señor JESÚS MERCHÁN DUQUE, pretendiendo que se declare que entre ellos existió una relación de carácter

laboral, mediante contrato verbal a término indefinido desde el 11 de marzo de 1996 y hasta el 26 de noviembre de 2016, el cual terminó por causa imputable a su empleador y en consecuencia se condene a este al pago del reajuste salarial, de las cesantías, sus intereses, la prima de servicio, y las vacaciones causadas durante el contrato, así como a la sanción por no pago oportuno de los intereses a las cesantías, a las indemnizaciones consignadas en los artículos 64 y 65 CST, a la pensión sanción por haber laborado mas de 15 años, y que se declare sin efectos la terminación del contrato, en aplicación del parágrafo 1 del artículo 65 CST, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su despido hasta el reintegro y la indexación de las sumas.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 12 a 16 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que el 11 de marzo de 1996, el señor JESÚS MERCHÁN DUQUE, quien se encuentra domiciliado en el barrio la Ceiba de Cúcuta, compró un lote, junto con la casa sobre él construida, con el fin de tener una casa de descanso para los fines de semana.
2. Que unas semanas antes de la compra, le propuso irse a vivir a dicha casa y que le pagaría por cuidarla, prometiéndole $200.000 mensuales.
3. Que fue vinculada como trabajadora interna, bajo la continuada subordinación del demandado, con un horario de 16 horas diarias de lunes a domingo.
4. Que la relación laboral se mantuvo hasta el 16 de noviembre de 2016, fecha en que fue despedida sin justa causa por requerimiento policivo del demandado y de su hija, de desalojar la vivienda en la cual trabajó por mas de 20 años.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificado el libelo demandatorio al demandado, éste dio contestación aceptando como cierto el hecho 1 y el resto que no son ciertos; se opuso a la totalidad de las pretensiones, manifestando que nunca existió con la

demandante un contrato de trabajo, ya que la relación que existe entre ellos es de parentesco, por cuanto son hermanos; que ante la separación de la demandante con su esposo, con quien vivía en Venezuela, se trasladó a vivir a Cúcuta, y al no tener vivienda, le fue permitido habitar el inmueble ubicado en Cornejo, mucho después de haberlo adquirido (1989); indicó que en el inmueble no vivió en condición de trabajadora, ni estuvo sometida a sus órdenes, ni recibió retribución alguna por los servicios, ya que nunca los hubo. Precisó igualmente que la demandante vivió una época en el inmueble de propiedad de sus padres hasta el año 2015, cuando regresó a Cornejo.

Como excepción previa propuso la de Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones, y como excepciones de mérito propuso las de prescripción, inexistencia del contrato de trabajo y por ende de terminación de contrato de trabajo, buena fe del demandando y temeridad y mala fe del demandante, compensación y la genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 15 de febrero de 2018, resolvió declarar probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo propuesta por el demandante, y como consecuencia lo absolvió de las pretensiones incoadas en su contra por la activa.

La juez a quo fundamentó su decisión, indicando que no fue acreditado por parte de la señora JOSEFA MERCHÁN DUQUE, la prestación personal del servicio en los términos del artículo 24 del C.S.T., para que se considerara la existencia de un contrato de trabajo, dado que al valorar las pruebas allegadas al proceso, se entiende que el demandado JESÚS MERCHÁN DUQUE, compró esa vivienda con la finalidad de darle un uso familiar, y a la que se fue a vivir la demandante, quien realizaba labores de aseo y limpieza propios del cuidado que debía darle, siendo esta la casa en que vivía la misma, pero se contaba con un trabajador, el señor Samuel Barajas, y además se contrataban obreros que desarrollaban las otras actividades, por lo que entre las partes lo que en la realidad se dio fue un comodato precario y no un contrato de trabajo.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Al encontrarse en desacuerdo con la anterior sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que la decisión tomada no corresponde a la verdadera relación jurídica laboral que se llevó a cabo entre la señora Josefa Merchán Duque y el señor Jesús Merchán Duque; que si bien es cierto la señora Josefa Merchán Duque al momento del interrogatorio estableció que en un principio cuando se compró por parte del señor Jesús Merchán Duque a la familia a los abuelos y todos colaboraron en la construcción era porque para ese momento la casa no estaba construida como hoy en día existe; que para ese momento en que la señora Josefa fue contratada para trabajar en el inmueble de Cornejo o todavía se encontraban viviendo allá en esa casa los familiares, pero una vez el señor Jesús Merchán Duque compró el inmueble ya se trasladaron para la ciudad de Cúcuta y la señora Josefa se quedó trabajando en ese bien, a título de trabajo, cuidando el inmueble como conserje, llevando a cabo todo el trabajo de oficios varios y de cuidado de la casa y mantenimiento de la zona del campo como era lo referente al sembradío de árboles frutales y todo lo demás relacionado en la demanda; que si bien es cierto ella manifestó que al comienzo quien le pagaba era el papá de ellos, ella se refería era que al comienzo él que cubría los gastos, pero era cuando el señor Jesús todavía no había comprado, una vez el señor Jesús compró, él asumió todos los pagos y las obligaciones de ese inmueble.

Consideró que con base en el contrato realidad no se puede asimilar a un contrato de comodato, teniendo en consideración lo manifestado por la señora juez de que a la luz de la sana crítica ella entró allá para cuidar por el hecho de ser familiar y que el señor Jesús le acondicionó y le facilitó el inmueble para que ella viviera allá; indicó que esto no es de recibo toda vez que la señora Josefa para ese tiempo tenía una casa en las Américas, lo cual el mismo señor Jesús Merchán manifiesta en su interrogatorio, por lo que entonces no es tan cierto que ella no tenía dónde vivir.

Precisó que de las declaraciones rendidas por los testigos el señor Samuel Barajas, la señora Alix Leonor Peñaloza, el señor Luis Alfonso Merchán

Duque y José Fernando Sayago Morales, se evidencia la relación jurídica laboral que se generó entre ellos y que se le ofreció pagarle $20.000 como salario, que como ya fue mencionado se le fueron incrementando progresivamente hasta el año 2016 terminando con un salario de $100.000.

Indicó que cuando se habla de que los padres enfermaron en la ciudad de Cúcuta después de que compró el señor Jesús la casa de Cornejo, ya ellos se radicaron acá en Cúcuta y al enfermarse, el señor Jesús como su empleador que era y familiar además, y al decirle obviamente que al encontrarse ella bajo su subordinación, él le ordenó trasladarse a la ciudad de Cúcuta y cuidar a sus papás y luego, en las horas de la tarde ella tenía que regresar a Cornejo; que ahí no puede decirse que no hubo una continuidad, toda vez que la señora Josefa nunca permaneció completamente acá en la ciudad de Cúcuta por largo tiempo, ya que ella venía en las horas de la mañana y se regresaba en las horas de la noche para la casa que se encontraba en Cornejo, solamente cuidaba a sus papás en el día y regresaba y eso fue mientras que estuvieron enfermos hasta el momento de su muerte.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

PARTE DEMANDADA. Alegó la parte que el señor JESÚS MERCHAN DUQUE (Q.E.P.D.) compró el 11 de marzo de 1996 un bien de 780 mts2 ubicado en el corregimiento de cornejo del municipio de San Cayetano con el fin de tener una casa de descanso para pasar los fines de semana en compañía de su familia, el cual era de propiedad de unos familiares cercanos.

Que luego de la adquisición de dicho bien inmueble, le permitió a su hermana JOSEFA MERCHAN DUQUE vivir en dicha propiedad, esto con el fin de que la casa no quedara deshabitada y así mismo su hermana tuviese un lugar donde establecerse, con la condición de que esta realizara las labores propias de un hogar, como lo es cuidar, limpiar, arreglar y mantener en buen estado la casa.

Que al pasar de los años, la hoy demandante asumió equivocadamente que el señor JESUS MERCHAN DUQUE (Q.E.P.D.) le dejaría dicha propiedad por un presunto compromiso familiar que él le había manifestado y también en agradecimiento al cuidado, ayuda y acompañamiento que esta le proveyó durante los últimos años.

Que ya en el último trimestre del año 2016 el señor JESUS MERCHAN DUQUE (Q.E.P.D.) traspasó la propiedad del referido bien inmueble a su hija ANDREA MERCHAN, situación anterior que desencadenó un desencuentro familiar con sus hermanos JOSEFA MERCHAN DUQUE y LUIS ALFONSO MERCHAN DUQUE, por lo que el hoy demandado junto a su esposa e hija le solicitaron a la señora JOSEFA desocupara el bien, tal y como se encuentra evidenciado en el acta de declaración y compromiso celebrada por la doctora Isabel Rivera Ramírez inspectora de policía del municipio de San Cayetano el día 16 de noviembre de 2016.

Precisó que de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente, a saber, declaraciones de parte, testimonios, acta de aclaración y compromiso de la inspección de policía de San Cayetano de fecha 16 de noviembre de 2016, se puede establecer sin ningún asomo de duda, que entre el señor JESUS MERCHAN DUQUE (Q.E.P.D.) y la señora JOSEFA MERCHAN DUQUE nunca medió una relación laboral y lo que se dio entre estas dos personas fue una relación de familiares, de hermanos, en la cual en un principio primó la ayuda mutua entre las partes, pero la cual muy lamentable al final, desembocó en una serie de malentendidos y reproches de parte y parte, los cuales fueron la génesis de la presente Litis, pero que tales situaciones de ninguna manera traen consigo la existencia de relación laboral alguna entre los extremos hoy en disputa.

Que la relación surgida entre las partes enfrentadas en la presente litis debe ser considerada como una relación de carácter civil, en donde por una parte la hoy demandante habitaba el bien inmueble de propiedad del demandado, este le sufragaba algunos gastos originados en el bien inmueble como el pago de servicios públicos, compra de artículos de aseo general entre otros, y así esta, cubriera parte de dichos gastos, pero es de resaltar que la actividad desplegada por la hoy demandante en dicho

bien inmueble la realizaba de manera autónoma e independiente, sin subordinación alguna.

Por todo lo anteriormente reseñado, solicitó que se desestime todos los argumentos esgrimidos por la parte apelante, ya que estos carecen de sustento, tanto fáctico, como normativo y jurisprudencial, y que en ese orden de ideas, se confirme en todas sus partes la sentencia proferida por la señora Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, la cual absolvió a la pasiva al establecer la inexistencia de un contrato de trabajo entre las partes, con la consecuente condena en costas de segunda instancia a la parte apelante.

Una vez cumplido el término para el efecto, 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.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar (i) si en el presente caso, existió un contrato de trabajo entre la señora Josefa Merchán Duque y el señor Jesús Merchán Duque desde el 11 de marzo de 1996 y hasta el 16 de noviembre de 2016 y en consecuencia son procedentes las condenas pretendidas en la demanda.

Conforme al principio general de la carga de la prueba contemplado en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual es aplicable a nuestro Procedimiento Laboral por integración normativa del artículo 145 del C.P.L., quien pretenda beneficiarse de los efectos jurídicos consagrados en una norma debe probar los supuestos de hecho consagrados en ella.

En este entendido, si la parte demandante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo, debe probar la configuración de los elementos del mismo establecidos en el artículo 23 del C.S.T., siendo estos, (i) la demostración de la labor personalizada de quien dice tener la calidad de trabajador, (ii) la subordinación o dependencia jurídica permanente del asalariado respecto del empleador, el cual se erige en el elemento tipificante del lazo contractual, pues si no aparece evidenciado se considera que dicho nexo no nació a la vida jurídica y (iii) la remuneración o retribución por el servicio desarrollado.

Adicionalmente, deben probarse los extremos temporales del vínculo laboral, con el fin de poder liquidar las prestaciones sociales a que tendría derecho el trabajador en caso de que se declare la existencia de dicha relación laboral (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia 5 de agosto de 2009. Rad. 36549).

Igualmente es preciso mencionar la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., según la cual, demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, no es necesario acreditar la continuada subordinación jurídica ya que tal presunción le impone la carga al supuesto empleador de desvirtuarla, a través de la evidencia allegada al proceso.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia manifestó en su providencia del 24 de abril de 2012, con Radicado Nº 39600, lo siguiente:

> «…para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del C. S del T., que para un caso como el que ocupa la atención de la Sala, sería en su versión posterior a la sentencia de la Corte Constitucional C-665 del 12 de noviembre de 1998 que declaró inexequible su segundo inciso, esto es, en los términos vigentes para el momento de la ruptura del vínculo (1° de marzo de 1999) que consagró definitivamente que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. Lo anterior significa, que al actor le basta

> con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario».

Lo anterior significa que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal a favor de la demandada, para que se presuma el contrato de trabajo y es a ésta última a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiada la operaria.

En este orden de ideas, le corresponde a la Sala recurrir a las probanzas traídas a los autos con el fin de establecer si se acreditó la existencia de la relación laboral, los extremos de la misma y los derechos de la actora al pago de las acreencias laborales solicitada.

En ese caso la parte demandada alega que la relación existente con la demandante se dio en virtud de su relación familiar, por cuanto son hermanos, y la razón por la que aquella habitaba en la casa ubicada en Cornejo y que fuera de su propiedad, fue un arreglo en el que ella mantendría la misma en buenas condiciones de aseo y podía así, tener un lugar dónde residir, sin que en este vínculo se dieran los elementos propios de un contrato de trabajo.

Revisando entonces el haz probatorio aportado al expediente, se observa que a folios 2 a 5 se aportó un Acta de Aclaración y Compromiso de la diligencia llevada a cabo el día 16 de noviembre de 2016 en el municipio de San Cayetano, en la cual estuvieron presentes los señores Andrea Merchán Beltrán, el señor Jesús Merchán Duque, la señora Luz Carime Beltrán Villamizar, la señora Eddy Maritza Beltrán y la señora Josefa Merchán Duque.

En dicha diligencia, la señora demandante aceptó que el demandado pagaba obreros para realizar arreglos en la casa, y que ella también ponía mano de obra; que el demandado nunca le ha pagado nada, sino que quien le pagaba era su padre, Luis Alberto Merchán Cárdenas; que el demandado le daba 300 mil pesos mensuales pero era porque él estaba enfermo y ella debía pagar de ahí los servicios y al señor Barajas, quien, según lo manifestó el demandado, eran quien les “colaboraba ahí en la casa”.

Alega la parte demandante en el hecho tercero de la demanda que el contrato de trabajo cuya declaratoria se reclama, fue declarado por el demandado y

su hija mediante el acta mencionada; sin embargo, encuentra la Sala que únicamente se observa una manifestación realizada por el demandante en cuanto indica “usted ha sido una malagradecida porque yo le di trabajo”, expresión de la cual, al ser leída en armonía con las demás manifestaciones realizadas por el demandado en dicha diligencia, no es posible extraer una aceptación expresa respecto de la existencia de un contrato de trabajo.

Ahora, de los testimonios e interrogatorios de parte recaudados, fue obtenida la siguiente información relevante:

- El señor **JESÚS MERCHÁN DUQUE** indicó que nunca contrató a la demandante ya que ella se fue por voluntad porque son familiares y le dio protección, porque ella tenía por ahí un conflicto con el otro hermano que la corrió de la casa y la amenazó con que le iba a matar el hijo; que por eso se condolió y se la llevó para allá y ella se fue ya que dijo que no tenía para dónde irse a pesar de tener una casita en el barrio Las Américas; precisó que la demandante limpiaba la casa porque era un deber de ella no vivir con la plaga y los zancudos y el mugre que hay allá en esa casa; que nunca decidió pagarle, que nunca le pagó nada, simplemente le ayudaba era con la alimentación, le llevaba mercado y nunca le impuso obligaciones; informó que compró la casa en Cornejo porque era de los abuelos y se la ofrecieron, pero era para compartir con la familia, lo cual nunca pudo hacer ya que su familia no podía ir porque eran rechazados por Josefa.

- La señora **JOSEFA MERCHÁN DUQUE** narró que cuando sus abuelos dijeron que iban a vender la casa, ella quería que quedara en la familia, y llamaron al demandado y él le dijo que compraba la casa y que debido a que ella no tenía trabajo, se fuera a laborar allá y se hiciera responsable; que durante cuatro meses, por la enfermedad de su hermano, lo cuidó como buena hermana que ha sido y como buena hija que fue, lo atendió; que se iba para Cornejo y venia; que eso lo hace la gente con cualquier particular, ahora no lo va a hacer con un hermano de sangre; precisó también que cuidó de sus padres cuando se enfermaron, que iba y les colaboraba.

  De sus trabajos en la casa de Cornejo narró que aproximadamente en

el año 1996-1997 empezaron a hacer unos bloques para cercar y ahí empezaron los otros obreros a construir la parte que era de la cocina, comedor y la alcoba, y la parte nueva de la casa; que ella estuvo ahí diariamente ya que su hermano trabajaba en Bavaria, llegaba a las 6:00 am con su madre, daba órdenes, y a las 9:00 am entraba a trabajar y ella se quedaba con los obreros y cocinaba lo que ellos pidieran; que se encargaba de hacer la limpieza de la casa, y las labores de campo porque ahí se sembraron árboles frutales y tenía que limpiar la maleza; que a veces su hermano llegaba era los domingos.

Narró que su hermano le empezó a pagar $20.000, que él se encargaba de los recibos de la casa, de llevarle los alimentos; que después del 2001 le dijo que le iba a aumentar a $40.000, que no podía más; que después en el 2003 le aumentó a $50.000, en 2005 a $80.000, hasta que en 2015 ya recibía $100.000.

- El señor **PEDRO LUIS PRATO**, testigo traído a juicio por el demandado, manifestó que se conoció con este en un trabajo donde laboraban todos los domingos entre 8 y 12 horas diarias haciendo unas conciliaciones; que en esa época el demandante le comentó que se había llevado a la hermana a vivir a la casa finca porque ella estaba en mala situación económica; indicó que fue unas 3 veces a esa casa finca los días domingos a disfrutar del río y de la comida de esa área; que esas veces en que fue en ningún momento vio a la señora Josefa, ni vio personal trabajando o laborando en la casa finca.

  Precisó que cuando Jesús Merchán hizo el ACV fue a visitarlo a su casa en la Ceiba; que iba casi todos los días a llevarle frutas y hierbas para los baños y la mayoría de las veces veía allá a la señora Chepa; que en una ocasión le comentó que estaba allá porque se fue a cuidar a su hermano porque “esas mujeres no lo quieren”.

- La señora **SOLANGE BELTRÁN,** indicó que el demandado es el esposo de una tía suya, y que conoce a la demandante porque es hermana de aquel; que de las veces que fue a la casa de Cornejo, únicamente la vio una vez, cuando le pidieron utilizar la cocina para preparar el almuerzo, sin que la viera realizar actividad alguna.

- El señor **LUIS ALFONSO MERCHÁN DUQUE**, testigo de la demandante y hermano de las partes manifestó que aquella entró a trabajar en la casa de Cornejo en el año 96, que el demandado la buscó, estando ella desempleada y le dijo que fuera a cuidarle la casa cuando la compró.

  Narró que la familia del demandado no sabía de la compra de la casa porque los papeles estaban guardados en la casa de sus padres; que con el tiempo ya supieron ellas (la esposa e hija del demandado); que antes Jesús iba allá, que iban todos y cuando ellas se enteraron también empezaron a ir y que a Josefa le tocaba atender a todos.

  Manifestó que él junto con sus padres y su hermano Jesús le insistieron a Josefa par que se fuera para la casa de Cornejo porque él (Jesús) les prometió que esa casa era para que ellos fueran.

  Precisó que ellos eran muy unidos, que el demandado era una buena persona que normalmente le pagaba a Josefa, que él fue el que le ofreció todo; que con la enfermedad del demandado llegó la hija y la mujer y se metieron en ese negocio y empezaron a dominarlo para que les escriturara la casa, estando ellos sirviéndole allá en la casa de ellos, que ella misma (Josefa) sirviéndole a él 5 meses y en ese entonces haciéndole la escritura de la casa.

  Narró que él iba siempre a la finca, que Josefa también lo atendía, y atendía a todo el que llegara allá; que ella era de “oficios varios”, que trabajaba de todo, manejaba obreros, hacía las comidas, le daba a todo, paleaba, regaba, que incluso criaba gallinas, se sembraron hasta cocos, que arreglaba cercas, incluso con Samuel, a quien le pagaban.

  Con respecto al horario de la demandante manifestó que ella estaba prácticamente las 24 horas disponible, trabajando de día y de noche; que de noche dormía, pero si se presentaba algo, tenía que levantarse.

- La señora **ALIX LEONOR PEÑALOZA** indicó que era vecina de la casa de Cornejo; que conoce a la demandante pues la señora Josefa hacía

el aseo de la casa; que ahí criaban pollos, tenían unas matas de mata burro, de plátano, los árboles frutales; que Josefa siempre estaba pendiente de todas las cosas de limpieza y de los animales de la casa; que la veía todos los días ahí en la casa, de día y de noche; que si llegaban de visita, ella era la que los atendía, les hacía almuerzo, y atendía a las personas que llevaba Jesús de visita; que la relación entre Jesús y Josefa era de hermanos pero también de subordinación; que él le daba órdenes, que le hiciera la comida, el desayuno, y que "Chepa" nunca se tomaba ninguna atribución en esa casa sin antes consultarle a su hermano; que si necesitaba pedirle algo prestado a Josefa, ella decía que había que pedirle permiso a Jesús porque ella no mandaba en esa casa; manifestó que ahí también trabajaba Samuel.

Que Jesús le daba instrucciones a Josefa como de una persona que llega a su casa y tiene como una ama de llaves "Josefa tráigame tal cosa, qué vamos a almorzar, búsqueme tal herramienta"; Precisó que Samuel a veces cuidaba de noche porque a veces Chepa se iba para Cúcuta a ayudarle a los papás también; que les ayudaba a lavar la ropa, a limpiar, pero por ahí una o dos veces por semana.

- El señor **SAMUEL BARAJAS** indicó que en el año 1996 mes de marzo, el señor Jesús llevó a Josefa para trabajar y cuidar la casa; que ella hacía aseo, sembraba árboles, los regaba con una toma que baja por la casa de donde se saca el agua para regar el solar y que él los sábados después del medio día, los domingos y los festivos le ayudaba a regar, porque a ella le tocaba hacer aseo a toda esa casa que era grande; que esa actividad no se la pagaban a él, que le pagaban cuando hacían trabajo de obra, como echar una pared o hacer un piso; que en esos casos Jesús le daba $20.000.

  Narró que Josefa le comentó que Jesús comenzó a pagarle $20.000, $40.000, $50.000, y que ya a lo último le mandaba $100.000, que él mismo iba y los traía a la casa de don Jesús; que a veces se la entregaba él mismo, a veces se la entregaba la hija de él cuando él estaba enfermo y le entregaba ese dinero a Josefa; que Jesús pagaba la luz y ella le colaboraba a veces ayudando a pagar el gas y el agua;

que Jesús llegaba los domingos y le decía a Josefa “bueno vamos a hacer esta cosa” y ella se ponía a barrer; que Jesús la mandaba y si iban la esposa y la hija de él, Josefa y él las atendía, debiendo hacer el aseo y amontonar la basura.

Con relación a la finalización del vínculo, narró que él se quedó cuidando y en enero lo sacaron con la policía; que la hija de Jesús fue a sacarlo, le sacó las cosas que él tenía ahí y su ropa.

- El señor **JOSÉ FERNANDO SAYAGO MORALES** indicó ser vecino de la casa de Cornejo, y que tiene conocimiento que Josefa era la conserje o que siempre ha sido la ama de llaves o la persona que hace aseo, la que cuida, la cuidandera; que eso le consta desde el año 2000, año desde el cual reside allí.

  Indicó que la casa de don Jesús Merchán es una casa de recreo; que observaba constantemente que la señora Josefa siempre hacía aseo, regaba las matas, criaba los pollos, y que inclusive le compraba pollos; que le consta que el día domingo Jesús iba con su familia o iba a veces sólo o con los hermanos a pasar el fin de semana allá y que Josefa era la que cocinaba, hacía aseo, los atendía, los recibía y que era como la conserje.

  Que observó completa subordinación entre las partes, ya que Jesús llevaba el mercado y Josefa lo arreglaba, cocinaba, preparaba los alimentos; que el lunes cuando salían de fin de semana, el retorno de Cornejo hacia Cúcuta, Josefa quedaba haciéndole aseo, cambiando los tendidos a las camas y el viernes Josefa se alistaba a tender las camas, a tener todo listo para la llegada, como quien dice de los patrones que era el hermano.

  Que en ocasiones Jesús le permitía entrar a la casa y este le daba la orden a Josefa que le diera tinto; que él la percibía como la conserje; que a veces él necesitaba una pala, un machete o un azadón y Josefa no se lo prestaba hasta que Jesús no diera la orden y que Jesús le daba la orden a Josefa “vaya a la bodega donde tenía la herramienta y ábrale y sáquele lo que necesita el ingeniero Fernando” y se lo

prestaba.

Indicó que don Jesús pernoctaba todos los fines de semana y a veces entre semana él veía que llegaba con el hermano en el carro del hermano; que a veces llegaban el martes, el miércoles; pero fijo estaba siempre de los sábados para domingo o de los domingos para lunes festivo.

De lo anterior, es posible afirmar que la relación existente entre la señora JOSEFA MERCHÁN DUQUE y el señor JESÚS MERCHÁN DUQUE tuvo su génesis en un acuerdo familiar, en el que tantos sus padres, como sus hermanos, el demandado y LUIS ALFONSO, le propusieron que, dado que no tenía un empleo ni un lugar para vivir, residiera en la casa que el primero le compraría a sus abuelos y que se ubicaba en Cornejo; en dicho acuerdo, según lo manifestaron los testigos familiares, el demandado les prometió que la casa sería para que la familia disfrutara, y eso sucedió así, hasta que la esposa e hija del demandado se enteraron de la compra, y quisieron empezar a utilizar la casa, lo cual generó disputas entre la familia Merchán Duque.

Se indicó en los testimonios que tanto los padres como los hermanos de las partes asistían con frecuencia a la casa, tanto entre semana como los fines de semana, y que la señora Josefa los atendía, cocinando y arreglando la casa tan pronto se iban.

Igualmente se determinó que la demandante se encargaba de hacerle aseo al lugar, cuidar los árboles sembrados y a los animales que se encontraban allí; que el señor Samuel la ayudaba en dichas labores de manera casi habitual, así como en las actividades de mejoras que le realizaban a la casa, para las cuales, también contrataban siempre obreros, gastos estos que cubría el señor Jesús, quien se encargaba de pagar los servicios públicos domiciliarios y de llevar mercado a la casa; que inicialmente era su padre, el señor Luis Alberto, quien le daba dinero a Josefa y posteriormente lo hacía Jesús, de manera periódica, a través de Samuel; que durante los trabajos y mejoras que se encontraban desarrollando los obreros, el demandado iba a la casa y daba instrucciones.

Se logró establecer también que la demandante cuidó de sus padres mientras estuvieron enfermos, en la ciudad de Cúcuta, a donde se trasladaba en las

mañanas, volviendo a dormir a Cornejo; habiendo cuidado así mismo a su hermano, el demandante, durante su enfermedad, todo lo cual hizo, según manifestó ella misma, al ser una buena hija y hermana.

Que esta dinámica se mantuvo así, hasta que el señor Jesús le comentó a sus hermanos que había traspasado la propiedad de la casa a su hija, Andrea, quien en el año 2016 le solicitó a la señora Josefa que desalojara la casa por cuanto la venderían, lo que llevó a que se realizara la diligencia de Acta de Aclaración y Compromiso el día 16 de noviembre de 2016, en la que se le otorgó a la demandante un término de dos meses de gracia para entregar la casa; y posteriormente, mediante acto policial, la señora Andrea desalojó al señor Samuel, sacando sus cosas.

De la anterior información es posible concluir que en el presente caso no se configuró un contrato de trabajo, al no haberse probado la prestación de un servicio de manera personal por parte de la señora Josefa Merchán a favor de su hermando demandado; esto por cuanto a pesar de que en los testimonios recaudados a los señores ALIX LEONOR PEÑALOZA y JOSÉ FERNANDO SAYAGO MORALES estos manifestaron que en entre el señor Jesús y Josefa se evidenciaba una subordinación, estos explicaron que la misma era en virtud de que la última no podía prestar herramientas o diferentes materiales sin la autorización del primero; lo cual, a juicio de esta Sala no es muestra del mencionado elemento esencial de la relación laboral, por cuanto podría darse el caso que dichas herramientas o materiales fueran de propiedad del demandado y por tanto no podía disponer la demandante libremente de las mismas.

Igualmente, el señor Samuel se refiere a que la demandante debía atender a las personas que llegaban de visita a la casa; pero aclaró que con eso, se refería a que debía arreglar el desorden que dejaban; así mismo, los señores **PEDRO LUIS PRATO** y **SOLANGE BELTRÁN,** manifestaron que cuando visitaban la casa, nunca veían a la señora demandante, habiendo conversado con ella una vez, esta última al solicitarle que le dejara utilizar la cocina para preparar un almuerzo.

También se comentó que la señora Josefa atendía a su familia cuando iba a visitar la casa, cocinándoles, lo cual no puede ser interpretado como la

prestación de un servicio por parte de la demandante a favor de Jesús o el ejercicio de su poder subordinante sobre aquella, ya que ella lo hacía en virtud de los lazos familiares existentes.

Y es que si bien la Sala no desconoce la posibilidad de que entre familiares se llegue a dar una relación subordinada, y por tanto, un contrato entre las partes, no es el caso de los hermanos MERCHÁN DUQUE, debido a que no se denota, en el origen de la relación, ni en su desarrollo, una voluntad del señor Jesús de actuar como el empleador de la señora Josefa, ni de esta de ser su empleada; esto, ya que del ejercicio de sus labores se percibe que ella era quien habitaba constantemente la casa, ejerciendo los trabajos que normalmente se requieren en el mantenimiento del hogar, tales como aseo, el cuidado de las plantas y los animales, realizando los arreglos mínimos exigidos para que se conserve en buen estado y sea habitable; y si bien debía estar pendiente las 24 horas, como lo afirmó el señor Samuel, eso es algo necesario en el caso de cualquier casa de habitación, no denotando esto la existencia de un horario de trabajo; y frente al dinero que le enviaba el señor Jesús a Josefa, es evidente que el mismo se trataba de una ayuda para el mencionado mantenimiento, como así lo era el envío de mercado y el pago de los servicios públicos domiciliarios.

Entonces, al haberse probado que la señora Josefa residía en la casa de Cornejo en virtud de un arreglo en el que participaron diferentes miembros de la familia, a título gratuito y sin cancelar un canon de arrendamiento, recibiendo ayuda económica en un primer momento por parte de su padre, y posteriormente de su hermano Jesús, y cuidando de la misma como quien cuida de una casa propia, nos encontramos frente a un contrato de comodato precario, tal como fue declarado por la Juez A quo; contrato este que se encuentra regulado en el artículo 2200 del CC y en el cual «una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso», siendo precario, ya que en este caso no se estableció un plazo, reservando el comodante la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo; así mismo, se encuentran establecidas las responsabilidades del comodatario en el artículo 2203, dentro de las cuales se incluyó la de «emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa», regulación que muestra la existencia

intrínseca de una subordinación objetiva, inherente a cualquier contrato conmutativo.

Así las cosas, es menester resolver de manera desfavorable para la demandante el problema jurídico establecido, declarando como inexistente la relación laboral alegada, debiéndose absolver al demandado de las pretensiones incoadas en su contra, y en consecuencia se CONFIRMARÁ en su totalidad la sentencia apelada proferida por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 07 de febrero 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 JOSEFA MERCHÁN DUQUE y en favor del señor JESÚS MERCHÁN DUQUE, 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,

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,

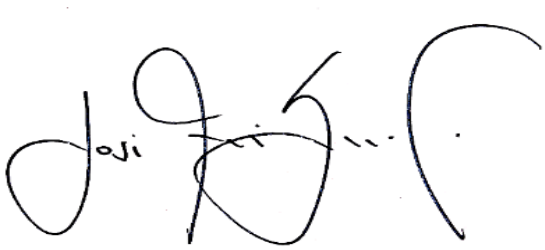
VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada proferida por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 07 de febrero 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 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 JOSEFA MERCHÁN DUQUE y en favor del señor JESÚS MERCHÁN DUQUE, 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.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

_____
Secretario

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

Treinta y uno (31) de agosto de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2017-00336-00
RADICADO INTERNO:	18.535
DEMANDANTE:	LUIS EDUARDO GELVEZ ORTEGA
DEMANDADO:	PERTEMCO S.A.S. y COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS EDUARDO GELVEZ ORTEGA contra PERTEMCO S.A.S. y COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2017-00336-00, y radicación interna Nº 18.535 de este Tribunal Superior, a conocer en Grado Jurisdiccional de consulta la sentencia del 6 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala conocerá en grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 6 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió

> **"(…)** ***PRIMERO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones de no tener la calidad de empleador y no existir relación comercial entre las empresas demandadas a la fecha de la terminación del contrato del demandante propuestas por la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., de acuerdo a lo explicado.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que entre el demandante y la empresa COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., existió un contrato de trabajo realidad a término indefinido desde el 10 de enero de 2013 hasta el 30 de junio de 2014, conforme a lo explicado.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR*** *probada la excepción de prescripción sobre la indemnización por despido a la cual tenía derecho el demandante por haber sido despido in*

que existiera justa causa para ello, y como consecuencia de ello, ABSOLVER a la empresa COMPAÑÍA MINERO CERRO TASAJERO S.A. y PERTEMCO S.A.S., de esta pretensión y del lucro cesante y daño emergente solicitados.

***CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada al no haber prosperado parcialmente sus excepciones."*

1.2. Fundamento de la Decisión.

La jueza, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Que el litigio se delimitó únicamente en determinar si LUIS EDUARDO GELVES ORTEGA fue despedido de forma injusta por La Empresa PERTEMCO S.A.S., y si tiene derecho a la indemnización por despido y el pago de perjuicios materiales correspondientes al lucro cesante y daño emergente, así como la responsabilidad de la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. en las pretensiones reclamadas; dado que en audiencia del 17 de septiembre de 2018 se declaró probada la excepción previa de cosa juzgada respecto de las demás pretensiones.

- Conforme al certificación laboral del 30 de junio de 2014, se demostró que el actor prestó sus servicios a La Empresa PERTEMCO S.A.S., del 10 de enero de 2013 hasta el 30 de junio de 2014 como Auxiliar de Oficios Varios en Minería, enviado en misión a la Compañía Minera Cerro Tasajero S.A. Documento que conforme precepto jurisprudencial tiene plena validez probatoria mientras no se demuestre su falsedad. Así mismo, se demostró la terminación comunicada el 30 de junio de 2014 por PERTEMCO alegando la terminación de la obra contratada y el contrato de prestación de servicios suscrito entre PERTEMCO y CERRO TASAJERO para colaboración en los términos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

- A su vez, la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO alega que para el 30 de junio de 2014, ya no tenía vínculos comerciales con PERTEMCO y como prueba aporta un correo electrónico donde LUZ JENNY GONZALEZ le comunica desde Gerencia de Pertemco a la Gerencia de Cerro Tasajero que declinan la expectativa de seguir prestando servicios. Sin embargo, analizado el valor probatorio de este mensaje de datos, no se demuestra su admisibilidad en los términos de los artículos 10 a 12 de la Ley 527 de 1999, al no contar con firma digital verificable ni establecer la calidad de quien lo suscribe.

- Respecto del argumento que la vinculación, se debería extender por la incapacidad en que persistía el trabajador; se tiene que esta situación no suspende los efectos del contrato de trabajo y el mismo contrato de prestación de servicios señala que el contrato surtiría efecto mientras que existieran en la empresa usuaria trabajadores en misión, por lo que no está llamada a prosperar la excepción de no existir relaciones comerciales.

- Que si bien se reclama la responsabilidad solidaria de LA COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO en los términos del artículo 87 del Código de Minas, en virtud de las facultades *extra* y *ultra petita* del artículo 50 del C.P.T.Y.S.S., se advierte que la vinculación del actor como trabajador en

misión no cumplió los parámetros legales pues: no existe prueba de la orden de prestación que suscitó la vinculación del trabajador para verificar la causal alegada, si reemplazó personal o era una labor accidental o transitoria, se contrató para desarrollar labores propias de su objeto social y excedió el año límite, de manera que fue CERRO TASAJERO el verdadero empleador.

- Sobre la modalidad de la contratación, si bien se suscribió un contrato por obra o labor determinada, en virtud del principio de primacía de la realidad se desprende que esta obra no está delimitada e identificada de manera clara en el contrato por lo que debe entenderse que lo fue a término indefinido y que rigió entre el 10 de enero de 2013 al 30 de junio de 2014.

- Sobre la terminación del contrato, se tiene demostrado el hecho simple del despido con la carta entregada por PERTEMCO, y, frente a la causa, se alega allí la terminación de la obra, pero conforme a lo declarado, al tratarse en la realidad de un contrato a término indefinido no se corresponde con los parámetros legales para su finalización lo alegado y ante ello se encuentra configurada una terminación unilateral sin justa causa imputable al empleador.

- De la excepción de prescripción, se advierte que el contrato finalizó el 30 de junio de 2014 y la demanda se presentó hasta el 29 de agosto de 2017 por lo que la indemnización se encuentra prescrita; y frente al argumento de que se presentó anteriormente otro proceso judicial, si bien efectivamente el mismo despacho en el Radicado 2014-00540 conoció de proceso ordinario laboral contra las aquí demandadas y finalizó con desistimiento de la parte demandante, entre sus pretensiones no estaba la indemnización por despido injusto, por la que no se declaró la existencia de cosa juzgada.

- Y, sobre el reconocimiento de los perjuicios materiales, compuestos por el lucro cesante y el daño emergente, no es posible acceder a la misma debido a que la indemnización del artículo 64 del C.S.T., ya declarada y prescrita, comprende estos dos conceptos.

2. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue desfavorable al demandante en las pretensiones de carácter condenatorio, se ordenó el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.S.T., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Al respecto, en providencia STL2560 de 2020 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando preceptos expuestos en proveído del 18 de septiembre de 2012 en rad. 41.130, recuerda que.

> "(…) *cuando el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social refiere la procedencia del grado jurisdiccional de consulta respecto de las sentencias de primera instancia que fueren "totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario", no es dable entenderse como tales, aquellas que simplemente declaran la existencia de una relación laboral que no ha sido en manera alguna desconocida por quienes la conforman, o cuya mera declaración no reviste importancia alguna para el reconocimiento de los derechos perseguidos*

> *judicialmente por el trabajador*" y concluye para el caso concreto que "*si bien la pretensión primera resultó favorable a la actora, lo cierto es que se trató de una pretensión meramente declarativa, la que le servía de base a la quejosa para dar paso a la pretensión de condena que enfiló para obtener sus derechos al reintegro laboral y a la reliquidación de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social; de ahí la procedencia del grado jurisdiccional de consulta*".

De manera que, asiste razón a la *a quo* al remitir el presente proceso para conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor del trabajador.

3. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

No presentó alegatos.

- **PARTE DEMANDADA**:

El apoderado de la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO expresó estar conforme con el fallo de primera instancia y solicitó que se confirmara el mismo.

4. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

5. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente:

¿Se encuentra debidamente acreditada la existencia de una terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo del Señor LUIS EDUARDO GELVEZ ORTEGA por los servicios prestados a LA COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. a través de PERTEMCO S.A.S.?

6. CONSIDERACIONES:

En este caso, la parte actora solicitó la declaratoria de despido injusto respecto de la relación laboral que existió entre LUIS EDUARDO GELVEZ ORTEGA y PERTEMCO S.A.S., con responsabilidad solidaria de COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., para acceder al reintegro por estabilidad laboral reforzada con el pago de salarios y prestaciones causadas, a la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y del artículo 64 del C.S.T., perjuicios morales, lucro cesante y daño emergente, y moratoria; sin embargo, en la etapa de excepciones previas se declaró parcialmente probada

la cosa juzgada y el litigio se limitó a resolver si había lugar a indemnización por despido injusto del artículo 64 del C.S.T. y por lucro cesante y daño emergente, sin que hubiera recursos contra estas decisiones.

Al respecto, la jueza *a quo*, concluyó que si bien inicialmente se solicitaba analizar las pretensiones respecto de PERTEMCO como empleador y COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO como responsable solidario, una vez analizada la vinculación del actor como trabajador temporal se evidenció que se vulneró el artículo 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, siendo CERRO TASAJERO el verdadero empleador y por facultades extra y ultra petita, procedió a declarar esta situación bajo un contrato de trabajo a término indefinido, al no probarse la obra o labor concreta alegada, y si bien identificó que no había justa causa para el despido, absolvió de las pretensiones por encontrar acreditada la prescripción.

Para el análisis de las anteriores conclusiones en Grado Jurisdiccional de Consulta se debe realizar un estudio integral de las pretensiones que conforman la Litis, pues si bien las declarativas fueron favorables al trabajador, la naturaleza del grado jurisdiccional de consulta es verificar que no existan situaciones de hecho que hubieren favorecido al trabajador para mejorar el resultado de la primera instancia; así lo advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL9997 de 2014 reiterada en SL640 de 2020, al indicar que la finalidad perseguida a través de la apelación o de esta clase de consulta es que:

> "(…) *el juez de segundo grado debe estudiar las materias que hubieren sido objeto de la apelación (artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S.) y, si es del caso, mejorarlas o introducir las nuevas que se le hubieren propuesto por el apelante único, o revisar con amplitud todas las cuestiones del proceso que podrían mejorar la situación de quien en su favor se surte la consulta*".

De esa manera, y siendo el objeto del litigio determinar si le asiste al actor el derecho a la indemnización por terminación sin justa causa del contrato de trabajo, así como el lucro cesante y daño emergente, respecto de su vinculación con PERTEMCO S.A.S. Al respecto se evidencia, que a folio 19 obra certificación laboral suscrita por la jefe de nómina de esta empresa donde indica, que el actor laboró como empleado en misión para COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO del 10 de enero de 2013 al 30 de junio de 2014 y mediante comunicación de esta última fecha, se le comunicó la terminación por finalización de la labor determinada contratada por la empresa usuaria.

La Empresa PERTEMCO S.A.S. no dio contestación a la demanda, guardando silencio tras ser notificada personalmente el día 15 de marzo de 2018 (Fol. 210); mientras la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., advirtió que, si bien esta vinculación misional es aceptada, refiere que la misma, se realizó bajo los parámetros legales y que la relación comercial con PERTEMCO finalizó el 2 de enero de 2014, siendo el actor empleado de dicha empresa, y no existiendo responsabilidad frente a las pretensiones, reclamando en todo caso la prescripción.

Bajo estos parámetros, encuentra la Sala que si bien no estaba entre las pretensiones de la parte actora la declaratoria de un contrato de trabajo realidad con COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., sino el reclamar

su calidad de responsable solidario frente a las actuaciones de PERTEMCO S.A.S., los artículos 48 a 50 del C.P.T.Y.S.S., le otorgan al Juez Laboral la dirección del proceso, con plenas facultades para adoptar medidas que garanticen el respecto de los derechos fundamentales, el equilibrio entre las partes, la lealtad procesal y la posibilidad de adoptar decisiones *extra y ultra petita*.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL11042 de 2014, recientemente reiterada en SL5149 de 2019 resalta que:

> "(…) *de la regla de la congruencia, se desprende que toda sentencia judicial ha de cumplir las siguientes cualidades intrínsecas:* ***(i)*** *debe estar en consonancia con los hechos (congruencia fáctica) y* ***(ii)*** *las pretensiones aducidas en la demanda (congruencia objetiva). En cuanto al segundo de los eventos (congruencia objetiva), nuestro ordenamiento procesal laboral,* ***en razón a los principios rectores y tuitivos del trabajo que lo nutren****, ha consagrado una excepción y consiste en que* ***los jueces de primera y única instancia se encuentran facultados para proferir fallos extra y ultra petita****,* ***bien sea concediendo derechos diferentes a los pedidos, a condición de que «los hechos que lo originen haya sido discutidos y estén debidamente probados»****, u ordenando el pago de sumas mayores a las demandadas (…)*".

Ante ello, no existe una vulneración del principio de congruencia en la decisión de primera instancia que al analizar la relación laboral entre COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. y PERTEMCO S.A.S. respecto de la vinculación de LUIS EDUARDO GELVEZ como trabajador en misión remitido por la temporal a la empresa usuaria; debido a que la jueza evidenció la vulneración de la norma que regula los contratos mediante empresas de servicios temporales, en consideración a que esos hechos se plantearon en la demanda y fueron objeto de debate probatorio por lo que su decisión de ir más allá de las pretensiones de responsabilidad solidaria fue acertada.

Al respecto, cabe recordar que la naturaleza y reglamentación de las relaciones laborales ejercidas a través de temporales está contenida en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 8 del Decreto 4369 de 2006, donde se establece que la empresa de servicios temporales es aquellas que: "(…) *contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades*" remitiendo personas naturales contratadas por ella a una empresa usuaria, previa la suscripción de un contrato entre ambas empresas, con su respectiva póliza aseguradora y que solo puede suscitarse para 3 casos concretos: i) Labores ocasionales, accidentales o transitorias, ii) Reemplazo de personal en vacaciones, licencia o incapacidad y iii) Atención de incrementos en producción; actividades que en todo caso se limitan por un término de 6 meses prorrogable hasta 6 meses más.

En este sentido, de vieja data se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997) reiterada en la sentencia del

veintiuno (21) de febrero del dos mil seis (2006), expresando sobre la naturaleza legal y el funcionamiento adecuado de las empresas de servicios temporales, lo siguiente:

> *"En virtud de este contrato las E.S.T. a cambio de determinada remuneración, se comprometen a remitir el personal requerido por el usuario, para lo cual han de enganchar los pertinentes trabajadores mediante la modalidad contractual laboral que se acomode a la respectiva necesidad de servicio.* ***Pero si esto persiste para el correspondiente servicio contratado una vez agotados los plazos máximos permitidos por la ley, ya no podrá utilizar válidamente los servicios de una E.S.T., la misma que venía contratando o de otra***".

Más recientemente, la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL3520 de 2018 ha aclarado que para esta modalidad no basta con no exceder el término legal, sino que además deben presentarse los casos concretos expuestos en la ley; explicando que:

> "*Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios*".

Esta exposición jurisprudencial, permite concluir que no basta con alegar la existencia de vínculos comerciales, de carácter legal, para vincular a trabajadores en misión y no responder directamente por acreencias laborales, en consideración a que las empresas usuarias deben garantizar que dicha tercerización se ajustó a la ley que determina los objetivos para acceder a la prestación de servicios con intermediarios, así como que se cumplió el plazo máximo para utilizar esta figura.

Ahora si bien, la demandada COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. alega que en virtud del contrato suscrito con PERTEMCO S.A.S., dentro del cual se dieron los servicios prestados por el actor, da lugar a que por disposición legal esta deba entenderse como la verdadera empleadora, lo cierto es que para que esta derivación de responsabilidad sea aplicable debe estar debidamente acreditada la validez y legalidad del servicio prestado por el trabajador en misión.

Para el caso concreto, no se estableció en manera alguna bajo que causal se alega fue necesaria la vinculación mediante la modalidad de trabajador en misión del señor LUIS EDUARDO GELVEZ ORTEGA para que CERRO TASAJERO tuviera que acudir a utilizar una empresa de servicios temporales; conforme se ha expuesto, esta modalidad de vinculación es legal y tiene validez siempre que se apegue desde su nacimiento a las formalidades expresamente dispuestas pues de lo contrario se incurre en un indebido uso de la modalidad de contratación temporal, pues teniendo la carga de la prueba para demostrar la justificación para acudir a una temporal, la

COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. desde su contestación omitió toda carga argumentativa en este sentido.

Frente a las consecuencias de esta indebida contratación por temporal, la Sala de Casación Laboral en providencia SL17025 de 2016 indica 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.*"

Al respecto, complementa la providencia SL3520 de 2018 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 contratos laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en 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, está obligada a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de aquella*".

En virtud de lo expuesto, es la empresa usuaria que por infracción de la norma pasa a ser el verdadero empleador, suscitándose el contrato realidad entre el actor y la demandada CERRO TASAJERO y frente a la modalidad en que debe declararse este contrato, como resaltó la jueza de instancia, el numeral 1.° del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo prevé que "*El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido*". Postura jurisprudencial contenida en providencia SL2600 de 2018, donde se señala que para estos contratos es necesario que la labor o la obra contratada esté delimitada e identificada de manera clara en el contrato o que se desprenda de las pruebas del proceso con plena claridad, lo que no se evidenció en el material probatorio aportado por la parte demandada para demostrar la legalidad de sus actuaciones.

Ante ello, corroboradas las conclusiones por las que se declaró la existencia de un contrato de trabajo realidad a término indefinido entre LUIS EDUARDO GELVEZ como trabajador y la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. como empleador, con la simple intermediación de PERTEMCO S.A.S., entre el 10 de enero de 2013 y el 10 de junio de 2014, se evaluará la existencia o no de una terminación unilateral sin justa causa.

Según los hechos demostrados que se enunciaron previamente, el empleador a través de PERTEMCO S.A.S. comunicó el 30 de junio de 2014 al trabajador la terminación unilateral por finalización de la labor contratada por el cliente;

con lo cual queda demostrado el hecho simple del despido y al proceder con el análisis de la causa, se advierte que una vez declarada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, no resulta dable admitir la terminación de la obra contratada como causal para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante, por cuanto se trata del modo natural de finalizar esa clase concreta de contratación y para el caso de los contratos a término indefinido su terminación debe ajustarse a las causas enunciadas en el artículo 62 del C.S.T..

La teoría general de la carga de la prueba, establece que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al establecer *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*; en esa medida, si la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. pretendía evidenciar que todas sus actuaciones frente a la contratación del demandante se ajustaron a derecho, debió ejecutar debidamente su carga probatoria y en el presente caso, no lo hizo respecto de demostrar la legalidad de la tercerización y el despido con justa causa

Frente a la posibilidad de condenar por otros concepto como daño emergente y lucro cesante derivados del despido sin justa causa; se advierte que, en Sentencia SL14618 de 2014 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resaltó que estos dos conceptos están comprendidos en la indemnización del artículo 64 del C.S.T. pero, en providencia SL3546 de 2018 se resalta que se pueden pretender otros resarcimientos siempre que se encuentren claramente determinados en un hecho concreto que sea consecuencia del despido injusto ya que por el simple evento de la terminación está cubierto por disposición legal; en el presente caso, no se evidencia que la pretensión esté respaldada por un fundamento fáctico adicional que permita imponer una consecuencia diferente a la ya prevista y de hacerlo, se estaría vulnerando el principio de *Non bis in ídem*.

En esa medida, solo resta determinar si efectivamente la condena por despido injusto está afectada por el fenómeno prescriptivo, como lo determinó el juez de instancia; al respecto, conforme a los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T.Y.S.S., la prescripción es un mecanismo que fijó términos razonables para reclamar derechos laborales y en beneficio de la seguridad jurídica; es decir, que se limitó en forma prudente y lógica la oportunidad que tiene el trabajador para efectuar el reclamo con respecto a un derecho determinado, la cual se interrumpe por una sola vez y en un término igual de 3 años; y desde ninguna óptica desconoce ni vulnera los derechos del trabajador.

Así mismo, frente a la operación y declaratoria de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al indicar que las acreencias laborales tienen distintos períodos de exigibilidad, en Sentencia SL2211 del 13 de junio de 2018, Rad. 56.452 y M.P. ERNESTO FORERO VARGAS:

> "(…) *es necesario precisar que los derechos laborales tienen un tiempo de vigencia para ser reclamados; el trabajador cuenta con un período límite para proceder con las acciones legales que propendan por el reconocimiento de las obligaciones incumplidas por el empleador. Significa*

> *lo anterior que las acreencias tienen distintos periodos de exigibilidad, así lo ha adoctrinado esta Corte, pues cada concepto salarial o prestacional tiene un término especifico de exigibilidad y por ello no es procedente acudir a un mismo conteo frente a todas*".

Para el presente asunto la indemnización por despido sin justa causa se hizo exigible desde el momento en que ocurre la terminación del contrato de trabajo; esto es el 30 de junio de 2014 y en la demanda no se establece que se haya realizado una reclamación al empleador que permitiera renovar el término prescriptivo; alegándose por parte del demandante, la presentación previa de otra demanda por los mismos hechos contra las mismas partes, para interrumpir con ella la prescripción.

Sobre este punto, y como decidió la jueza a quo, se evidenció que dicho proceso anterior finalizó por desistimiento de la parte actora durante la etapa de conciliación y el artículo 95 del C.G.P., enumera los casos en que no se considerará interrumpida la prescripción y el numeral primero refiere "*cuando el demandante desista de la demanda*"; por lo que, sin perjuicio de los derechos allí debatidos y la cosa juzgada declarada parcialmente en la audiencia inicial, esa demanda no tiene vocación alguna de interrupción de prescripción por estricta disposición legal.

En esa medida, al presentarse la demanda hasta el 29 de agosto de 2017 se excedió del término para evitar el fenómeno prescriptivo y ante ello la excepción estaba llamada a prosperar. Ahora, si bien PERTEMCO S.A.S. no contestó la demanda y conforme al numeral 3º del artículo 35 del C.S.T. está llamado a responder solidariamente de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, conforme lo establece el artículo 2540 del Código Civil precisamente por esta solidaridad la prescripción propuesta por uno beneficia a los otros y así puede verse en situaciones resueltas por la Sala de Casación Laboral como en providencia SL1120 de 2019.

Por lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primera instancia que, si bien declaró la existencia de un contrato de trabajo, absolvió por las condenas indemnizatorias a las demandadas al prosperar la excepción de prescripción y finalmente, por surtirse el grado jurisdiccional de consulta no habrá lugar a condena en costas.

7. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de fecha 6 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, al surtirse el grado jurisdiccional de consulta.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES

MAGISTRADA PONENTE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

MAGISTRADO

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071 , fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 1º de septiembre 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
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-003-2018-0058-01
Partida Tribunal: 18467
Juzgado: Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta
Demandante: Alfonso Galvis Ramírez
Demandada (o): Sociedad Ibáñez Castilla Distribuciones SA
Tema: Contrato de Trabajo Realidad
Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto 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 Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 30 de enero de 2019, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-0031-2018-00058-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18467 promovido por el señor ALFONSO GALVIS RAMÍREZ en contra de la SOCIEDAD IBAÑEZ CASTILLA DISTRIBUCIONES S.A.

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. A N T E C E D E N T E S

El demandante por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD IBAÑEZ CASTILLA DISTRIBUCIONES S.A, pretendiendo que se declare que existió con esta un contrato de trabajo a término indefinido desde el mes de mayo de 2004 y hasta febrero de 2017, sin solución de continuidad, y en consecuencia, se condene a la pasiva al pago de las prestaciones sociales causadas, las vacaciones, los aportes al fondo de pensiones y riesgos profesionales, la indemnización por despido injusto, horas extra, la indemnización consignada en el artículo 65 por la falta de pago de las prestaciones sociales al momento de terminación del contrato, la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías y la indexación de las sumas.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 1 y 2 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que la SOCIEDAD IBAÑEZ CASTILLA DISTRIBUCIONES S.A. contrató sus servicios personales, desde el mes de mayo de 2004 y hasta el día 21 de febrero de 2017, como mensajero- repartidor de los productos que vende la empresa, recibiendo el pago del pedido y respondiendo ante la demandada por el dinero.
2. Que tenía un salario en promedio de $1.200.000 mensuales, al cual le hacían retención en la fuente.
3. Que fue despedido sin justa causa el día 21 de febrero de 2017, sin que la pagaran las prestaciones sociales causadas, ni la indemnización por la terminación.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificada la demanda a la SOCIEDAD IBAÑEZ CASTILLA DISTRIBUCIONES S.A., esta presentó contestación indicando que son ciertos los hechos 2 y 10 y el resto que no son ciertos; se opuso a la totalidad

de las pretensiones indicando que celebró un contrato de transporte de mercancía y valores con el demandante el día 10 de abril de 2006, por lo que su relación no es de carácter laboral; que el demandante era autónomo a la hora de llegar a la horade cargue y repartir la mercancía, y se le cancelaba un flete según la tarifa establecida.

Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la relación laboral y cobro de lo no debido.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 30 de enero de 2019, resolvió absolver a la pasiva de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que si bien en principio operaba la presunción del artículo 24 CST, con el interrogatorio de parte del demandante y el testimonio del señor JOSE HILARIO BELTRAN se desvirtuó la misma, debido a que la forma en que el demandante prestaba sus servicios como transportador, no existía subordinación con la empresa demandada, dado que aquel distribuía la mercancía con un vehículo de su propiedad y naturalmente la empresa podía darle instrucciones para el desarrollo de esa labor, sin que esto implicara una dependencia de esta.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

Al encontrarse en desacuerdo con la anterior sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que junto con el poder se solicitó un amparo de pobreza en favor del trabajador y después se solicitó un recurso de reposición o reconsideración dado que el A quo no decidió al respecto.

Posteriormente, indicó que la empresa demandada presentó documentos conforme lo ordenó el despacho, en los que se prueban pagos continuos e interrumpidos, mes por mes y año por año desde el 11 de mayo de 2005 y hasta el 25 de febrero del 2017, labor que se prestó a favor de la demandada

durante 11 años y 9 meses, habiéndose probado que tenía que recoger la mercancía que tenía que entregarse, a las 6:00 am., y al terminar de repartir, debía volver a la empresa a reportar, y si había más mercancía, volvía a entregar; que si era ya las 3 o 4 de la tarde, se iba para la casa pero con autorización de la empresa, porque no había trabajo que hace lo cual indica una subordinación

Que allí se corrobora que el salario promedio del último año del trabajador en beneficio de la demandada fue de $2.175.940; que el cargo del trabajador consistía en entregar pedidos al por mayor en bodega o supermercados que le hacían a la demandada, era un mensajero repartidor.

Manifestó que la demandada no corrigió la contestación de la demanda ordenada por el despacho y por tal motivo se dio por no contestada, lo que constituye indicio grave en su contra.

Que como se dijo, su cargo consistía en entregar pedidos al por mayor a bodegas y supermercados y si terminaba su labor, porque empezaba muy temprano, como podría terminar 7 u 8:00 de la noche muy tarde, estaba sujeto a un horario y a una dependencia, debía llegar a determinada hora, si se enfermaba 1 o 2 días o dañaba su vehículo, reportaba a la empresa que por causa mayor no podía asistir; que nunca fue reemplazado ni nunca envió a otra persona para que trabajara por él

Alegó que el artículo 127 del Código Sustantivo Del Trabajo dice que todo lo que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio se sobreentiende que es un salario, eso se le daba una contraprestación por sus servicios, que se le pagaba figurando que flete, que en diferentes formas, pero se le estaba pagando su servicio, servicio continuado, bien realizado en favor de la demandada; que los extremos laborales también están ya definidos.

Que se pretende engañar con un supuesto contrato de transporte que se le hizo firmar, el cual se cae de su peso ya que no se presenta certificación de Cámara de Comercio donde el trabajador figure como transportador independiente; que la cláusula 2 de ese contrato dice que el trabajador prestará los servicios en el perímetro urbano de Bucaramanga, pero está

demostrado que el trabajador siempre prestó sus servicios fue en Cúcuta y no se presentó otro documento que desvirtuara lo anterior por cuenta de la demandada; que la cláusula 18 de ese contrato dice que el mismo fue firmado en Bucaramanga el 10 de abril de 2006 pero está plenamente demostrado que trabajaba y recibía pagos de la demandada desde mayo del 2005; que la cláusula octava del contrato dice que el trabajador debe presentar para que le pagaran cuentas de cobro y facturas conforme la DIAN, con los requisitos de la DIAN para que le pagaran su trabajo, lo cual no presentó la demandada; que también la cláusula 16 establece que debía presentar constancia de que estaba afiliado a seguridad social mensualmente para pagarle, de lo que tampoco hay constancia; que con todos cuestionamientos del contrato, es claro que el mismo se hizo de mala fe.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes no ejercieron su derecho a presentar sus alegatos de conclusión, por lo que, una vez cumplido el término para el efecto, 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.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si en el presente caso, existió un contrato de trabajo entre las partes, desde el mes de mayo de 2004 y hasta febrero de 2017 y en consecuencia proceden las condenas solicitadas en la demanda.

Del análisis de las pruebas documentales aportadas por el demandante y la demandado (fls.113 a 116 contrato de transporte de mercancías y valores), así como del interrogatorio rendido por el representante legal de la empresa,

es posible afirmar que no existe discusión que el señor Galvis Ramírez prestó los servicios para la pasiva, acreditándose **la actividad personal del trabajador a favor del demandado,** por lo cual, considera la Sala que para el caso presente opera la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T., segun la cual *"se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".*

Así las cosas, procede la Sala a dilucidar si la Juez A quo incurrió en un yerro al considerar que en el plenario quedó acreditada la autonomía e independencia del accionante respecto de la demandada, conforme a la manera cómo se desarrolló el vínculo existente y, por tanto, esta última desvirtuó la presunción legal con la que se vio beneficiado el operario del servicio.

Determinado lo anterior, dado que la decisión judicial debe fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente arrimadas al proceso, ha de incursionarse en el haz probatorio adosado al expediente, el cual está compuesto tanto por elementos documentales como testimoniales, así:

- A folios 12 a 98 se encuentran las facturas canceladas al demandante por parte de la demandada, entre el 31 de julio de 2008 y el 17 de febrero de 2017.
- A folios 113 a 116 se allega el contrato de transporte de mercancías y valores, suscrito entre el demandante y la empresa demandada el día 10 de abril de 2016, el cual tenía como objeto «el transporte por parte del TRANSPORTADOR para transportar (sic) los productos distribuidos por IBÁÑEZ CASTILLA DISTRIBUCIONES S.A. de acuerdo con las necesidades que ella tuviere del mismo, en las condiciones y términos que más adelante se señalarán. Para tal efecto, el TRANSPORTADOR recogerá, transportará y entregará los bienes que atrás se citan que le encomiende el REMITENTE y/o EMPRESA CONTRATANTE».

En su interrogatorio de parte, el demandante manifestó que empezó a prestar sus servicios para la demandada en el año 2005, distribuyendo víveres de la empresa; que cargaba y entregaba a supermercados mayoristas, lo cual hacía solo; que tenía que estar en la empresa a las 6:00 am ya que a las 6:30

abrían para cargar; que cuando terminaba, volvía a la empresa a entregar las devoluciones y si no había nada más que entregar, se iba para su casa; precisó que el vehículo en que transportaba la mercancía era de su propiedad; que él no recibía dinero cuando entregaba las mercancías, únicamente las facturas y se las firmaban. Manifestó que si por alguna razón no podía asistir, por estar enfermo o porque su carro se averiaba, llamaba a la empresa sin que esta le llamara la atención; indicó que la empresa le cancelaba teniendo en cuenta las planillas por el porcentaje de lo que «marcaba» la mercancía. Informó que dejó de prestar su servicio porque el jefe de bodega le dijo que había llegado una orden de Bucaramanga según la cual no podía trabajar más porque su vehículo era de servicio particular, de placas amarillas.

Por su parte, el señor **FOSIÓN MUJICA JAIMES**, actuando como representante legal de la empresa demandada, manifestó en su interrogatorio que desempeña dicho cargo desde 1983 y que el objeto social de aquella es la distribución de productos de consumo masivo, como alimentos, productos de aseo hogar y personal y licores; que para entregar la mercancía a sus clientes trabajan con contratistas que les prestan el servicio de transporte y estos contratistas siempre son propietarios de los vehículos; que elaboran un contrato de prestación de servicio con este contratista, el cual se compromete a responder por las mercancías desde el momento en que los recibe y las entrega donde los clientes; indicó que los contratistas trabajan en una forma autónoma y van los días que ellos estén en condiciones, que su carro esté en condiciones de trabajar, etc.; que recogen la mercancía, la llevan, la entregan y después de que la entregan nos devuelven los documentos.

Con respecto a la dinámica de la entrega de la mercancía a los contratistas, narró lo siguiente: “todos los días normalmente tenemos carga, los transportadores o contratistas ellos normalmente llegan en la mañana y dependiendo del momento de llegada se van asignando los turnos y en la medida en que va llegando pues se van ubicando, hay dos tipos detrás de transportadores, uno que transporta el tienda a tienda que son los carros normalmente pequeños y otro el que transporta a los supermercados mayorista que son normalmente carros de 3 toneladas hacia arriba que es el caso de la demanda que tiene un vehículo de 3.5 toneladas, lo cual quiere decir que es un transportador de tradicional que transporta a mayoristas y a

supermercados; entonces en este caso los que vienen de TAT se empiezan a cargar las mercancías acá en la agencia Cúcuta a partir de las 6:30 y va entrando camioneta por camioneta, va cargando y va saliendo; los de tradicional para el caso del demandante, él normalmente entraba entre las 7:00 y las 8:00 dependiendo de que terminara primero el de TAT y dependiendo del turno en que llegara, pero no siempre llegaba a las 7:00 y él cargaba de 7:00 a 8:00 porque también dependía de la hora en que entregara la documentación del día anterior ¿qué quiero decir con esto? que él carga la mercancía y se va a entregar, entonces si cargó por decir algo el día de hoy de 7:00 a 8:00 se lleva la mercancía y va y la entrega ¿y cuándo regresa a la empresa? cuando la termine de entregar, que puede ser hoy en la tarde o mañana y tan pronto la termine, entonces entrega documentación, una vez se revise en la empresa que él ha entregado cumplidamente y a cabalidad el objeto de la carga que había llevado entonces se le procede a cargar nuevamente ¿con esto qué quiere decir? que no siempre es en las horas de la mañana, sino más bien depende del tiempo que el contratista demore en entregar la mercancía, cuando la termine de entregar vuelve y carga en cualquiera de las horas del día".

Manifestó que el demandante inició la prestación de su servicio en mayo de 2005, hasta el 2017, ya que a partir de esa fecha nunca volvió.

El señor **JOSÉ HILARIO BELTRÁN CHÍA** indicó que entró a laborar a la empresa en el 2008 y el señor Alfonso ya estaba trabajando; que entró a distribuir mercancía ahí en lo que llaman de TAT tienda a tienda y a aquel lo veía yo cargando, en un vehículo de su propiedad, lo que es mayoristas; que laboró hasta el 2012, fecha en la que lo echaron por no firmar un pagaré en blanco; narró que normalmente llegan a la empresa a las 6:00 de la mañana, cogían turno como iban llegando, cargaban, salían y el tiempo era hasta que entregaran la última factura; que él llevaba 70-80 facturas; que hay veces entregaba más temprano porque encontraban cerrado y debían volver; precisó que la ruta de entrega de la mercancía la definía cada uno porque eran quienes conocían la ciudad, por lo que eran autónomos para repartir la mercancía en el horario que pudieran.

Del anterior recuento probatorio surge evidente para esta Sala, que el actor desarrollaba sus actividades de manera independiente y autónoma, a través

de un contrato de transporte de naturaleza comercial, en el cual aquel recogía la mercancía que debía entregar en diferentes locaciones, utilizando su propio vehículo, definiendo la ruta a su conveniencia, en el tiempo y horario que mejor le resultara, y a pesar de que indicó que debía llegar a la empresa a las 6:00 am, se determinó que esto era con el fin de obtener la asignación de un turno para recibir la mercancía, sin que esto significara la imposición de un horario ni la existencia de una subordinación en la relación como lo pretende hacer ver.

Así mismo, el demandante indicó en su interrogatorio que en caso de no poder realizar sus labores por alguna razón, únicamente avisaba a la empresa, sin tener que presentar una excusa, incapacidad o justificar su ausencia y si bien se daban ciertas instrucciones en el ejercicio de las actividades, esto es admisible en una relación en la cual se presta un servicio que debe tener ciertas características, debiéndose coordinar aspectos del mismo o manejar ciertos estándares, con el fin de que sea prestado de forma óptima y eficiente; igualmente, se logró establecer que el demandante únicamente transportaba la mercancía y entregaba y recibía facturas firmadas, sin recibir dinero por parte de los clientes, ni tener que efectuar venta alguna.

Entonces, es claro que la pasiva dio observancia a la carga probatoria que le impuso el artículo 24 del CST, desvirtuando por completo que el vínculo con el señor GALVIS RAMÍREZ hubiera sido regido por un contrato de trabajo, al demostrar que este contaba con un amplio margen de acción para determinar la manera cómo desarrollaba su actividad, sin que se percibiera el ejercicio de un poder sancionatorio por parte de la empresa, traduciéndose todo esto en la ausencia de elementos configurantes de una relación subordinada y por tanto, de carácter laboral.

En su recurso de apelación, el demandante pone de presente diversas cláusulas del contrato de transporte de mercancías y valores suscrito por las partes (folios 113 a 116), considerando que deben ser tenidas como ineficaces, cuestionando la validez del documento y alegando la mala fe con que se pactó el mismo. Frente a esto, se debe aclarar que en la declaratoria de un contrato de trabajo realidad, no es determinante la formalidad o el nombre que se le haya dado a la relación por las partes, ya que es

precisamente eso lo que se estudia: la realidad de la relación y la existencia de elementos que puedan dar fe de que entre ellas lo que verdaderamente surgió fue un contrato de trabajo, habiéndose concluido que eso no ocurrió en este caso, al tener como fundamento la totalidad del material probatorio aportado al proceso.

Así la cosas, procederá esta Sala a CONFIRMAR la sentencia apelada en cuanto absolvió a la pasiva de las pretensiones incoadas en su contra.

Con respecto a la imposición de costas de primera instancia, observa la Sala que le asiste la razón a la parte apelante al solicitar su revocatoria, ya que, si bien el amparo de pobreza pretendido se incluyó erróneamente en el documento visto a folio 7 mediante el cual el demandante otorgó facultades a su apoderado para actuar dentro del proceso, con el fin de proteger a la parte más vulnerable en la relación, quien manifestó en dicho documento no hallarse en capacidad de atender los gastos del proceso, procederá la Sala a REVOCAR el numeral segundo de la sentencia apelada y en su lugar CONCEDER el amparo solicitado.

Sin costas en esta instancia.

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,

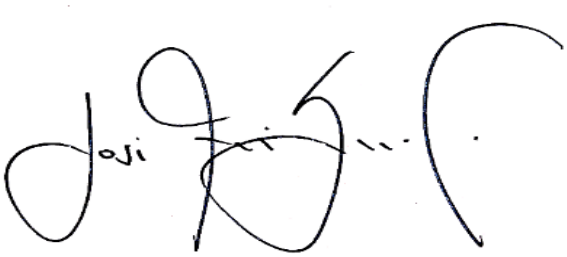
VIII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de la sentencia apelada proferida por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 29 de enero de 2019 y en su lugar conceder el amparo de pobreza solicitado por el demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre 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: Ejecutivo Laboral
Rad. Juzgado. 54-001-31-05-004-2000-00148-00
Rad. Interno: 18010
Juzgado: Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta
DTE/ LUIS FERNANDO LEAL GARCÍA
DDO/ JORGE BICHARA BITAR
Tema: Incidente de Nulidad

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

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada, contra el auto de fecha 14 de diciembre de 2017, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ejecutivo laboral presentado por el señor LUIS FERNANDO LEAL GARCÍA en contra de JORGE BICHARA BITAR.

I. ANTECEDENTES

El actor por medio de apoderado judicial, presentó demanda ejecutiva laboral en contra del señor JORGE BICHARA BITAR RAMIREZ (folios 4 a 6), con el objeto de que se ordenara al demandado pagarle la suma de $23.011.175, aportando como título ejecutivo el acta de conciliación No. 0378 (folio 2), mediante la cual el demandando se comprometió a pagarle dicha suma, por concepto de auxilio a cesantías, intereses a las cesantías, prima, vacaciones, y salarios; igualmente, solicitó que se practicaran unas medidas de embargo y secuestro, ante lo cual, el juzgado de conocimiento profirió el mandamiento de pago correspondiente y las medidas cautelares solicitadas, el día 8 de mayo del 2000 (folio 8).

Posteriormente, el día 29 de mayo del 2000 (folio 14), el demandando JORGE BICHARA BITAR RAMÍREZ presentó memorial, donde manifestó que renunciaba a términos de traslado y de contestación de la demanda, y solicitó que se llevara a cabo la liquidación de crédito, para efectos de “un arreglo amistoso”.

Mediante auto del 19 de junio del 2000 (folio 22), se declaró en firme el mandamiento de pago de fecha 8 de mayo del 2000, se condenó en costas a la parte demandada, y se aprobó la liquidación de crédito por la suma de $23.011.175; el cual se declaró legalmente ejecutoriado a través de auto del 20 de junio (folio 24).

El 03 de septiembre del año 2013, en respuesta a lo requerido por el Juzgado Primero Adjunto de Descongestión Laboral del Circuito Laboral de Cúcuta mediante auto de fecha 21 septiembre del 2011 (folio 49), el ejecutante allegó liquidación de crédito actualizada por la suma total de $82.497.598, que corresponden a interés moratorios causados desde el 07 de abril del 2000 hasta el 29 de agosto del 2013, $59.486.423, y el capital adeudado, $23.011.175, liquidación ésta que fue aprobada en auto del 20 de noviembre del 2013, obrante a folio 65.

Como resultado de las medidas cautelares decretadas se obtuvo el embargo de remanentes ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, quien puso a disposición de este proceso mediante oficio 2995 del 21 de noviembre de 2016, los depósitos judiciales allí relacionados, por la suma de $27.051.000 y $6.548.877, de los que se ordenó la entrega mediante auto del 3 de febrero de 2017 (folio 72), ante la solicitud presentada por el apoderado del ejecutante (fol. 70 a 71).

El 11 de octubre del 2017, la parte ejecutada presentó incidente de nulidad (folios 78 a 87) contra el auto que corre traslado de la liquidación actualizada vista a folio 64) y el auto que la aprueba, visto a folio 65, manifestando que el apoderado de la parte actora hizo incurrir en un error procedimental al operador judicial, en virtud de que presentó una liquidación que se extralimitó a lo preceptuado en el mandamiento de pago y en la liquidación de crédito ejecutoriada, pues la realizó con intereses moratorios que no fueron reconocidos en título que presta merito ejecutivo, ni ordenados en el mandamiento de pago ni en la liquidación de crédito.

Agregó, que estando inactivo el proceso por más de seis años, el Despacho no decretó el desistimiento tácito, y en su lugar, en auto del 27 de marzo de 2009 ordenó el archivo del proceso, irregularidad que violó el debido proceso, y lo perjudicó económica y personalmente, pues el Despacho debió haber decretado el desistimiento tácito, y no continuar con un proceso con inactividad continua, ininterrumpida y con más de 6 años.

Así mismo, solicitó anular y dejar sin efecto el reconocimiento de la personería jurídica otorgada al Dr. Sergio Iván Rodríguez, auto de fecha del 8 de noviembre de 2013, señalando que el ejecutante allegó un escrito el 27 de agosto de 2013 (folio 57), manifestando desconocer la ubicación de su apoderado anterior, sin ningún sustento probatorio que indique la realización de gestiones de búsqueda, pues el poder de mandato debe ser absuelto por

una justa causa, lo cual no probó el demandante, y del mismo modo el Despacho en auto separado, no se manifestó de dicha situación.

Lo anterior, en razón a que en ese momento había dos (2) apoderados realizando idénticas funciones sin haberle terminado poder a uno, lo que considera improcedente, por lo tanto, las actuaciones derivadas de este son nulas o no tienen efecto, hasta que no se corrija la terminación legal del anterior poder de mandato.

Con fundamento en lo expuesto, la parte ejecutada solicitó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 27 de marzo del 2009 que archivó el proceso, hasta la última actualización realizada en el proceso de referencia.

II. . AUTO OBJETO DE APELACIÓN

Mediante auto de fecha 14 de diciembre 2017 (folio 91 a 95), el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta declaró improcedente la nulidad propuesta por la parte ejecutada, dejó sin efecto el auto de fecha 21 de noviembre de 2013, en consideración a que erradamente se aprobó una nueva liquidación de crédito, dio por terminado el proceso por pago total de la obligación. En consecuencia, condenó al ejecutante a pagar a favor del demandado JORGE BICHARA BITAR RAMIREZ una indemnización por la suma de $5.986.467.22 indebidamente cobrada, y compulsó copias al Dr. SERGIO IVAN RODRIGUEZ DURAN, por su conducta temeraria frente a la justicia pretermitiendo sus deberes al tenor del artículo 78, numerales 1 y 2 del CGP en concordancia con el artículo 79-3 ibidem.

El A quo se fundamentó su decisión en que, en cuanto la nulidad planteada por la parte ejecutada, esta no invocó ninguna de las causales de nulidad prevista en el artículo 133 del Código General del Proceso.

Advirtió que el ciudadano debe colaborar con la administración de justicia, conforme el artículo 95-7 superior, y tratándose de una parte de un proceso, con mayor razón en su propio beneficio; que las irregularidades en el proceso en cuanto a la nueva liquidación, obedeció a la negligencia del propio ejecutado, sin descartar la conducta del colaborador del Despacho que proyectó el auto aprobatorio de la nueva liquidación, cuando se evidenció que el secretario firmó el oficio al folio 56 No. 2572 informando que la liquidación de crédito $23.011 175 y agencias $4.602.235, auto que firmó el *A quo* convencido de la diligencia o idoneidad del empleado frente a esta específica situación en estudio.

Señaló que al analizar el mandamiento de pago de fecha 8 de mayo de 2000, este se limitó a ordenar pago por $23.011 175, por concepto de prestaciones sociales relacionadas, no hay orden sobre intereses, es decir que el monto

de la obligación a pagar es la indicada, sin variación en el tiempo, en consecuencia, cuando el apoderado del ejecutante presentó una liquidación con intereses legales moratorios (fol. 59 a 62), hizo incurrir en error al juzgado, quien procedió al traslado y su aprobación, ascendiendo a una suma de $82.497.598, actuando el actor con temeridad al ser consciente y con pleno conocimiento sobre el valor sobre el que fue librado el mandamiento de pago.

Precisó que como resultado de las medidas cautelares decretadas se obtuvo la efectividad del embargo de remanentes ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta Ciudad, quien puso a disposición de este proceso los depósitos judiciales por la suma de $23.011.175 y $6.548.877,22, que fueron entregados ante la solicitud presentada por el apoderado del ejecutante (fol. 70 - 71), y al tener en cuenta el monto de la obligación por capital $23.011.175, sin intereses y como costas $4.062.235, el monto total de la obligación debida asciende a la suma de $27.613.410 por lo que el Despacho inducido en error del apoderado parte ejecutante, hizo entrega de la suma superior al valor real de la obligación según liquidación obrante a folios 59 a 62, con traslado y aprobación en auto del 13 de noviembre de 2013 y 21 de noviembre, entrega a folio 73 por valor de $33.599.877,22, con diferencia de $5.986.467,22, suma que debe reembolsar la parte ejecutante y su apoderado a título de indemnización con fundamento en el artículo 80 y 81 del C.G.P.

Consideró que, si bien es cierto no hay un auto que ordena seguir adelante la ejecución, a folio 22 se encuentra un auto que declaró en firme el mandamiento de pago, condenó en costas al ejecutado y le impartió aprobación a la liquidación de crédito por la suma de $23.011.175, es lo análogo en algunas partes, al auto de seguir adelante la ejecución al que se refiere el artículo 507 inciso 2 C.P.C., modificado D.E. 2282 de 1989 artículo 1 núm. 268, hoy artículo 440 inciso 2 CGP.

Finalizó indicando que con el auto del 27 de marzo de 2009, obrante a folio 44, se ordenó dar aplicación al parágrafo artículo 30 del CPT Y SS, por lo que se dispuso el archivo del proceso, norma no aplicable para esta clase de proceso, solo para el ordinario y menos declarado en firme el mandamiento, de todas formas, el Despacho en su oportunidad, prosiguió la actuación sin ninguna impugnación por la ejecutada.

III. APELACIÓN PARTE EJECUTADA

La parte ejecutada interpuso recurso de apelación explicando que, si bien estaba de acuerdo con la decisión que dejó sin efecto el auto de fecha 21 de noviembre de 2013 y terminó el proceso por pago total de la obligación, no es menos que, mucho antes del auto de fecha 21 de noviembre de 2013 donde se aprobó una nueva liquidación de crédito, se cometieron varias

irregularidades procesales de las cuales el Despacho omitió pronunciarse y no tuvo en cuenta a la hora de decidir la nulidad, como son las siguientes:

- Que cuando el demandante le otorgó poder legal inicialmente al Dr. Iván Sandoval Mendoza, del cual en el folio 57 por intermedio de un escrito el demandante manifiesta que desconoce la ubicación de su abogado y que por esa razón allega poder a otro profesional del derecho el Dr. Sergio Iván Rodríguez Durán, no demostró haber realizado las gestiones legales para encontrarlo, pues al apoderado se le pudo haber presentado un evento de fuerza mayor o caso fortuito, y en cierto modo el Despacho dio y reconoció legalmente personería jurídica al nuevo profesional del derecho sin resolver el anterior poder del mandato, irregularidad que se configura dentro del numeral 4º del artículo 133 del código General del proceso.

- Que el proceso se encontraba inactivo desde el 2003, y el Despacho no decretó el desistimiento tácito, irregularidad que violó el debido proceso, que lo perjudicó económica y personalmente, toda vez que el Despacho debió haberlo decretado, y no continuar con un proceso con inactividad continuo, ininterrumpida por más de seis años.

- Que el Despacho archivó el proceso mediante auto del 27 de marzo de 2009, y sin justificación, violando las leyes procesales, lo revivió; pues sin explicación alguna, lo desarchivó, sin auto que lo autorizara y reanudó el normal funcionamiento del proceso, pasando por encima de las actuaciones ya realizadas, omitiendo al ordenado por la ley, sobre el desistimiento tácito y sobre el archivo del proceso.

Con fundamento en lo anterior, el ejecutado solicitó la nulidad de todo lo actuado desde el auto el 27 de marzo de 2009, que archivó el proceso, hasta la última actuación realizada en el presente proceso, en virtud de que no se explica cómo el Despacho sin haber petición de parte o sin haber auto de desarchivo del proceso, siguió adelante con el curso normal del proceso. Y una vez decretada la nulidad, se dé inicio al trámite correspondiente a fin de que le devuelvan los dineros que por error judicial o por culpa de la parte actora tuvo que pagar.

IV. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los antecedentes anteriores, es preciso señalar que de conformidad con el numeral 6º del artículo 65 del C.P.T.S.S., los autos que resuelvan las nulidades procesales son apelables, razón por la cual esta Sala de Decisión es competente para pronunciarse sobre la impugnación.

Sea lo primero establecer que de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 625 del C.G.P., en el presente asunto el auto de seguir adelante la ejecución se dictó cuando regía la legislación anterior y el recurso fue interpuesto cuando se encontraba vigente la nueva normativa instituida por el código citado, por lo que será esta la que se tendrá en cuenta para estudiar lo referente a la nulidad alegada.

Las causales de nulidad previstas en materia procesal fueron instituidas por el legislador para corregir las irregularidades ocurridas dentro del proceso a fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes, las cuales adquieren el carácter de taxativas en la medida que no es posible declarar como nulidad cualquier anomalía que no esté prevista en la ley, concretamente en el artículo 133 del C.G.P., aplicable en materia laboral por analogía en virtud de lo dispuesto por el artículo 145 del C.P.T.S.S.

Dentro de los requisitos estatuidos por el legislador para alegar la nulidad se consagra en el inciso segundo del artículo 135 del C.G.P. que la parte que la alega deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer; en concordancia con ello, el inciso segundo, dispone en específico que **"*La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada*."**, y la consecuencia de no cumplir con los requisitos anteriores, se contempló en el inciso 3º al señalar que el juez debe rechazar de plano, la nulidad que se proponga por quien carezca de legitimación. Tales aspectos, que corresponden a presupuestos de forma para entrar a resolver de fondo un incidente de nulidad, deben ser verificados por el juez al momento de admitir la procedencia de este.

En este caso, observamos que el ejecutado JORGE BICHARA BITAR RAMIREZ, alegó como causal de nulidad la contemplada en el numeral 4º del artículo 133 del C.G.P., el cual dispone que el proceso en nulo en todo o en parte, cuando es indebida la representación de alguna de las partes o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder, pero obsérvese que conforme la norma precedente, esta causal únicamente puede ser propuesta por la persona afectada, es decir, que se radicó en forma exclusiva la legitimación para incoar este mecanismo a quien procesalmente se perjudicó porque no fue debidamente representado dentro del trámite o porque su apoderado judicial carecía íntegramente de poder.

En relación con ello, en la Sentencia T-167 de 2010, la Corte Constitucional explicó que "*Es claro que la exigencia legal de que la nulidad por indebida representación se invoque por afectado, alude a la afectación que se desprenda de los hechos constitutivos de la causal de nulidad y no al interés general que las personas puedan tener en el resultado del proceso o de una actuación específica dentro del mismo. Así, por ejemplo, la nulidad por falta*

de notificación, sólo puede alegarla la persona que debía haber sido notificada, y es de esa condición de donde se deriva la afectación que la habilita para solicitar la nulidad. ***Lo propio ocurre en el caso de indebida representación, puesto que es quien no estuvo representado en la actuación o quien lo estuvo indebidamente, quien tiene un interés para solicitar la nulidad*****."**

Precisamente, la parte ejecutada alegó que en el curso del proceso ejecutivo se le reconoció personería jurídica al Dr. SERGIO IVÁN RODRÍGUEZ DURÁN, como apoderado del ejecutante de forma ilegal, dado que este no demostró haber realizado las gestiones legales para encontrar a su apoderado inicial, el Dr. IVÁN SANDOVAL MENDOZA, lo que conlleva a establecer que la parte ejecutada no se encuentra legitimada para proponer la nulidad por la indebida actuación del apoderado judicial de su contraparte contenida en el No 4º del artículo 133 del CGP, por lo que se debía rechazar de plano la nulidad formulada.

Bajo esos presupuestos, se concluye que la parte ejecutada no podía formular incidente de nulidad con base en la causal mencionada, al no tener legitimación alguna, y pese a que, el A quo rechazó la misma por un argumento equivocado, en cuanto, se limitó a indicar que no se alegó alguna de las causales contempladas en el artículo 133 del C.G.P., lo cierto es que ello, no conlleva a adoptar a una decisión diferente a su improcedencia, en la medida que no se cumplen con los requisitos para su formulación, elemento esencial que habilita la resolución de fondo del mismo; por lo que la decisión será confirmada, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

Aunado lo anterior, el apelante alegó que el presente proceso se encontraba inactivo desde el año 2003, y el Despacho no decretó el desistimiento tácito, irregularidad que violó su debido proceso, ante lo cual, es necesario determinar si el juez verdaderamente tenía la obligación de decretar la terminación del proceso a través de dicha figura, o si por el contrario, resultaría improcedente dentro de un proceso laboral.

Para efectos de definir lo anterior, es necesario traer a colación lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en su providencia de fecha 1 de marzo de 2017 con Rad. N°700200, en la que dijo:

> "Sea lo primero precisar que la figura del desistimiento tácito, como una forma anormal de terminación del proceso, se acredita con la inactividad de la parte a cuya instancia se promovió un trámite, el cual se paralizó por su causa; **empero, su aplicación tiene lugar en los procesos civiles y de familia, pues para el caso del procedimiento laboral, además de las facultades que tiene el juez como director del proceso (art. 48 del C. P. L. y de la S.S.), la ley le confiere**

herramientas para que, en caso de contumacia, esto es, cuando se presenta la paralización o la inactividad injustificada del proceso, pueda impulsar oficiosamente el asunto sometido a su consideración, lo cual impide, así sea por vía analógica, la aplicación del desistimiento tácito previsto en el artículo 317 del Código General del Proceso.

En efecto, el artículo 17 de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 30 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, estableció las medidas a adoptar en caso de contumacia así:

Cuando notificada personalmente la demanda al demandado o a su representante, no fuere contestada o ninguno de estos compareciere a las audiencias, sin excusa debidamente comprobada, se continuará el proceso sin necesidad de nueva citación.

Si el demandante o su representante no concurrieren a las audiencias, sin excusa debidamente comprobada, se continuará el proceso sin su asistencia.

Si no compareciere ninguna de las partes se seguirá la actuación sin asistencia de ellas. Todo lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 77.

Si se presentaren las partes o una de ellas antes de dictarse la sentencia, y el juez estimare justo el motivo de la inasistencia, podrá señalar día y hora para la celebración de audiencia de trámite.
PARÁGRAFO. Si transcurridos seis (6) meses a partir del auto admisorio de la demanda o de la demanda de reconvención, no se hubiere efectuado gestión alguna para su notificación el juez ordenará el archivo de las diligencias o dispondrá que se continúe el trámite con la demanda principal únicamente.

Conforme lo visto, le compete al juez laboral, dado su rol como director del proceso y garante de derechos fundamentales, ejercer un papel activo, esto es, conducir el proceso, impedir su paralización y dictar las medidas que se requieran para llegar a proferir sentencia.

Así, el operador de justicia está en capacidad, entre otras actuaciones, de rechazar las solicitudes o actos que impliquen dilaciones o que conlleven a la ineficacia del proceso (arts. 49 y 53 del C.P.L. y de la S.S.), decretar las pruebas que estime indispensables y apreciar su valor (arts. 54 y 61 del C.P.L. y de la S.S.), y ordenar la comparecencia de las partes en cualquier estado del proceso (art. 59 del C.P.L. y de la S.S.).

> Luego, si bien al juez en la jurisdicción ordinaria laboral no le es permitido el inicio oficioso de los asuntos, en la medida que cada uno de ellos requiere de un acto de parte la presentación de la demanda, una vez instaurada, recae en el juez el deber de tramitar el proceso hasta su culminación, pues si una de las partes o ambas dejan de asistir a las diligencias, no por eso se paraliza el proceso."

Según lo anterior, debe decirse que el Juez Laboral, como director del proceso, se encuentra envestido con las facultades necesarias para garantizar, entre otras cosas, la agilidad y rapidez en el trámite de las actuaciones judiciales, siempre con la protección del derecho al debido proceso de las partes, tal como lo ordena el artículo 48 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, buscando siempre en dicho rol, adaptar las instituciones del proceso laboral con el fin de alcanzar dichos objetivos y, en caso de no encontrar norma o figura que se adapte adecuadamente, entrar a dar aplicación a las reglas contenidos en el Código General del Proceso, en observancia del artículo 145 del CPTSS.

En este caso, se advierte que mediante auto del 27 de marzo de 2009, se aplicó la figura de la contumacia consagrada en el artículo 30 del C.P.T.S.S., alegando que no se había realizado gestión alguna dentro de un lapso de seis (6) meses, por lo que se ordenó el archivo del proceso; y posteriormente, se reactivó el mismo, sin que mediara auto que así lo dispusiera, y cuando, a criterio del apelante, lo procedente era decretar el desistimiento tácito del proceso.

En cuanto a ello, el juez en la providencia apelada no hizo pronunciamiento alguno respecto a los cuestionamientos formulados por el ejecutado en lo que se refiere a la aplicación de dicha figura; sin embargo, debe decirse en primer lugar que resultó una decisión errónea decretar la contumacia mediante la providencia en mención, en razón a que para esa fecha el mandamiento de pago ya se había notificado al demandado, según se advierte en la constancia del 29 de mayo del 2000 (fol. 14), por lo que una vez trabada la litis de conformidad con esta normatividad, el juez tiene la obligación de continuar el proceso; y únicamente tiene aplicabilidad la misma "*Si transcurridos seis (6) meses a partir del auto admisorio de la demanda o de la demanda de reconvención, no se hubiere efectuado gestión alguna para su notificación el juez ordenará el archivo de las diligencias o dispondrá que se continúe el trámite con la demanda principal únicamente*" (Par. Art. 30 ibidem).

Entonces, al encontrarse el proceso en trámite y surtidas las etapas pertinentes del proceso ejecutivo laboral, inclusive, ya habiéndose dictado el auto que declaró en firme el mandamiento de pago al no proponerse excepciones, «la *labor del Juez no puede ser la de simplemente entrar a determinar si ha habido o no inactividad de la parte interesada, sino que tiene la obligación de requerirla a efectos de que cumpla su deber de impulso y, en*

caso de que no se acuda a tal llamado, aplicar los efectos de la contumacia, contenidos en el artículo 30 y su parágrafo (CPTSS), sin que deba acudirse a otros cuerpos legales, pues se insiste, la norma en cuestión trae unas consecuencias y unas sanciones procesales que se pueden hacer extensiva a todo tipo de actuaciones surtidas al interior de la jurisdicción ordinaria laboral».

Por lo anterior, resulta imposible considerar que el juez omitió algún deber respecto a decretar el desistimiento tácito, dado que esta figura no tiene aplicabilidad en los procesos laborales, por su carácter de orden público.

En virtud de lo anterior, considera esta Sala que pese a la errónea argumentación del A quo frente al incidente de nulidad y la omisión de pronunciarse sobre la solicitud de desistimiento tácito presentada por el ejecutado, la decisión atacada deberá ser CONFIRMADA en su integridad, por cuanto la parte ejecutada no se encuentra legitimada por activa para promover la nulidad por vía de la causal 4ta del artículo 133 del CGP y la figura del desistimiento tácito, como se explicó, no es aplicable en un proceso ejecutivo laboral.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por intermedio de su Sala de Decisión Laboral,

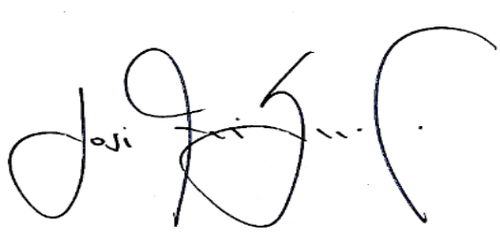
V. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de fecha 14 de diciembre de 2017, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte ejecutada.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen previas las anotaciones del caso.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

Secretario

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

Treinta y uno (31) de Agosto de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2012-00108-00
RADICADO INTERNO:	16.803
DEMANDANTE:	JOSE NATIVIDAD MANCILLA y Otros
DEMANDADO:	COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del presente proceso ordinario Laboral instaurado por JOSE NATIVIDAD MANCILLA Y OTROS contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, con Radicación única 54-001-31-05-004-00-2012-0108-00 y Radicado Interno No 16.803, a resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y conocer en Grado Jurisdiccional de Consulta la sentencia del 15 de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020

1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

1.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca de la impugnación presentada por ambas partes y en Grado Jurisdiccional de Consulta, sobre La Sentencia del 15 de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se decidió:

PRIMERO: Se declaró el derecho al reconocimiento y pago de los incrementos de pensión, por personas a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 a favor de los demandantes en un 14% por cónyuge o compañero(a) permanente y 7% por cada hijo menor a cargo o discapacitado. De Ana Delgado, José Natividad, Ramón Ortiz, José Froilán, Libardo Jiménez, Roque Cote, Hermes Rubio, Guillermo Orduz, Ana Rodríguez, Luz Jaimes, Jesús Cuellar, Pedro Estupiñan, Marcelino Peña, Juan Sáenz, Alirio Jurado, Hipólito Peñaranda, Reinaldo Vega, José Luis Gelves, Jorge Fernández, José Duarte, Concepción Jiménez, Jaime Galindo, Rómulo Colmenares, Gilberto Navarro, Jairo Torres, Fernando Jaimes, Tobías Merchán, Luis Romero, Alfonso Silva, Jorge Silva, José Silva, Luis Pinzón, María Figueroa, Francisco Cárdenas, Aleyra Caicedo, Miguel Castro, Carmen Mendoza, Blanca Araque, Luis Gaitán, Juan Rodolfo Báez, Juan de Dios Bustos. Más la indexación por el

tiempo que no ha prescrito ya que prospera parcialmente la prescripción para algunos actores, absolviendo de la pretensión de pago de los intereses moratorios, puesto que hay carencia del derecho reclamado al pago de intereses

SEGUNDO: Condenó a la demanda Instituto de Seguros Sociales a Pagar los incrementos de mesada pensional, incluyendo las adicionales, incluyendo las adicionales más la indexación, a partir de las fechas anotadas en lo que no se encuentra prescrito.

TERCERO: Condenar en costas a la demanda Instituto de Seguros Sociales a favor de los demandantes que se mencionan en el numeral anterior.

CUARTO: Absolver a la demanda de los demás cargos impetrados en la demanda por los demandantes mencionados antes, demandantes excluidos; Álvaro oliveros, María Cáceres, Saúl León, José Isaac, Alfonso Lizarazo, Ricardo Noruega, Jorge Villamizar, Raúl Duarte, Tomas de Aquino, José Marulanda, Luis Castro, Rudecindo Camacho, Ramón Galvis, Raúl Pérez, Antonio Sierra, Alfredo Medina, Abraham Merlano, Freddy Martínez, Jesús Pedraza, Jorge Bautista, Adela Calderón, Luis Guerrero, Saúl Vanegas, Ana Contreras, Marco Ramírez, Enrrique Torrado, Beatriz Daza, Rosa contreras, José Adolfo Rojas, Armando ortega, Rodolfo Ibarra, Joaquín Arango, Pascual Miranda, Álvaro Fajardo, Eddy Martínez y Juan de Dios Bustos.

QUINTO: Absolver a la demanda Instituto de Seguros Sociales, de todas las pretensiones que se formularon, de los demandantes mencionados anterior mente, ya que se declara probada las excepciones de carencia del derecho y falta de cumplimiento de los requisitos

1.2. Fundamento de la decisión apelada

La jueza *a quo*, fundamentó la decisión de primera instancia de la siguiente manera:

- El problema jurídico se centra en verificar el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de incrementos por personas a cargo, de conformidad con el Acuerdo 049 del 90 aprobado por el Decreto 758 de 1990, reclamados por los demandantes, a lo que se opone la demandada alegando que el derecho pensional se reconoció por la Ley 100 de 1993 y otras diferentes al Acuerdo 049 de 1990, sin perjuicio de lo cual solicita la prescripción.

- Se excluyó a los señores Saúl Vanegas, Ana María Contreras y Beatriz Daza Bautista, a quienes se les reconoció la pensión por La Ley 71 del 88; a Marco Tulio Ramírez por reconocimiento según Ley 100 del 93; a Ramiro Enrique Torrado y Joaquín Arango Montagut por acceder conforme a la Ley 797 de 2003; a Jorge Bautista pensionado según Ley 870 de 2003 y a la señora María Graciela Cáceres que se pensionada, por convención, ya que no se pensionan por Acuerdo 049/90, así como a los señores ARMANDO ORTEGA y RODOLFO IBARRA RAMÍREZ por haberse pensionado por bono pensional.

- Los señores, Saúl León y Alfonso Villamizar y José Adolfo Rojas no aparecen en ningún auto admisorio de la demanda y los dos primeros de ellos, arriman testigos, sin que puedan ser considerados parte.

- Según jurisprudencia en cita, los testimonios como declaraciones extraprocesales son válidos siempre y cuando no se solicite la ratificación y para el presente caso la apoderada de la parte demandante solicitó la ratificación, sin que los testimonios de todos los demandantes comparecieran para ser ratificados en audiencia.

- Se excluye por no traer testigos a los señores: Álvaro Oliveros, José Isaac Cáceres, Alfonso Lizarazo, Ricardo Noguera, Jorge Eliecer Villamizar, Raúl Duarte, Tomas de Aquino Santamaría, José Reinaldo Marulanda, Luis Vicente Castro, Rudecindo Camacho, Ramón Antonio Galvis, Raúl Pérez Acosta, Antonio María Sierra Berbecí, Alfredo Esteban Medina, Niro Abrahán Merlado, Fredy Martínez Caicedo, Jesús Antonio Pedraza, Adela Calderón, Luis Guerrero, Rosa Tulia Contreras Jaimes, Edy Martínez Caicedo.

- El Sr. Pascual Miranda ya tiene resolución de incremento de pensión y el testigo Alirio Guerrero quien declara a favor del Sr. Álvaro Fajardo Moya, no corrobora la información, por tanto, no prosperan las pretensiones.

- Se le reconoce parcialmente el incremento pensional al señor Roque Julio Cote Meaury, con tres años anteriores a la fecha que se presenta la reclamación, a partir del 1 de abril de 2009, puesto que si hay prescripción.

- A los Señores, Ramón Martin Ortiz Morales, Ana Mercedes Delgado, José Natividad Mancilla y José Froilán Parra, Ana Francisca Rodríguez, Luz Teresa Jaimes Rolon, Jesús Ricardo Cuellar Fornes, Pedro José Estupiñan, Marcelino Peña Martínez, Juan José Sáenz Cárdenas, José Alirio Jurado Santiesteban, Hipólito Peñaranda Hernández, José Luis Gelves Maldonado, Concepción Jiménez Carrillo, Jorge Ernesto Fernández, Jaime Enrique Galindo, Jairo Torres Conde, Gilberto Navarro, Tobías Merchán Ortiz, Luis Felipe Romero, Alfonso Silva, Jorge Silva Alvarado, José Elías Silva, Luis Alberto Pinzón Ramón, María Cristina Figueroa De Useche, Francisco Antonio Cárdenas, Aleyra Rosa Caicedo, Miguel Antonio Castro López, Carmen Rosa Mendoza De Gómez, Luis Olinto Gaitán, Juan De Dios Bustos, Hermes Rubio Rangel, Libardo Jiménez, se les reconoce incremento pensional en un 14%, puesto que el derecho no ha prescrito.

- Al Sr. Reinaldo Vega Acero, se le reconoce el derecho de incremento pensional en un 28%, ya que logró demostrar la discapacidad de sus dos hijos, reconociéndoles así un 7% para cada uno, para un total de un 14% y

acreditó la convivencia con la Señora Cefora García de Vega, para otro 14% de incremento.

- Se le reconoce el derecho de incremento pensional en un 21% a cada uno de los siguientes demandantes: José Heli Duarte Castillo, Rómulo Colmenares, Fernando Jaimes Briceño, Blanca Estela Araque, Juan Rodolfo Báez y Guillermo Orduz Duran, al demostrar la dependencia económica, se le reconoce en un 7% por hijo menor a cargo o discapacitado y un 14% por dependencia económica del conyugue o compañero(a) permanente.

- Se deben hacer los incrementos incluyendo las mesadas adicionales y los reajustes de ley, puesto que no prospera la excepción de prescripción para los actores cuyas pensiones se reconocieron antes de la fecha de interrupción, contados los tres años hacia atrás desde la fecha de agotamiento de vía gubernativa teniendo en cuenta que estamos frente a obligaciones de carácter sucesivo.

- Se condena en costas a la demandada prosperando la excepción de improcedencia de cobro de interés moratorio porque ya se ha reconocido la indexación por el hecho notorio de la devaluación de la moneda colombiana.

- Se aclara la fecha en la que pierde el derecho la menor hija de Blanca Stella Araque, Keren Yemina Leal Araque, en el 15 de diciembre del 2013. Y frente a al reconocimiento del incremento pensional, del señor Juan José Sáenz, que se le reconoció antes de la fecha, se hace la corrección ya que es a partir de la fecha en la que se le reconoce el derecho de pensión.

- La sentencia queda en firme frente a las personas que la apoderada de la parte demandada no interpuso recurso.

2. DE LA IMPUGNACIÓN

2.1 De la parte demandante

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando los siguientes argumentos:

- Se deben tener en cuenta los demandantes excluidos por no haber traído testigos, ya que se pensionaron por Acuerdo 049 de 1990 y cuentan con declaración de extrajuicio dando buena fe de la cual se aduce la convivencia y dependencia de económica, no siendo estas declaradas como falsas.

- No se solicitó la ratificación de testigos por la parte demandada y se deben tener como plena prueba siguiendo los lineamentos de la corte suprema de justicia.

• Frente a la decisión tomada por la señora jueza de primera instancia solicitó que se revocara, ya que excluyó a los siguientes pensionados, por no haber asistido los testigos de: Álvaro Oliveros, José Isaac Cáceres, Alfonso Lizarazo, Ricardo Noguera, Jorge Eliecer Villamizar, Raúl Duarte, Tomas de Aquino Santamaría, José Reinaldo Marulanda, Luis Vicente Castro, Rudecindo Camacho, Ramón Antonio Galvis, Raúl Pérez Acosta, Antonio María Sierra Berbecí, Alfredo Esteban Medina, Niro Abrahán Merlado, Fredy Martínez Caicedo, Jesús Antonio Pedraza, Adela Calderón, Luis Guerrero, Rosa Tulia Contreras Jaimes, Edy Martínez Caicedo.

•Por los demás actores no interpone ningún recurso al despacho y procede a conceder la consulta.

2.2 De la parte demandada

De igual forma, la apoderada de la parte demanda presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando los siguientes argumentos:

•En cuanto a cuatro (4) de los demandantes aduce que no tienen derecho de los incrementos de pensión, puesto que no fueron pensionados por Acuerdo 049/1990, reconociéndoseles de la siguiente manera: señor Jesús Ricardo Cuellar, se le reconoce la pensión por invalidez, pero estructurada el 8 de abril de 2010. Sr. José Natividad Mancilla Hernández, se le reconoce la pensión por de invalidez estructurada 31 de octubre de 2008, estas dos siendo posteriores al Acuerdo 049 del 90. Sr. Hipólito Peñaranda, se le reconoció una pensión por aportes según Ley 71 del 88 y a la Sra. Ana María Contreras, se le concedió una pensión de jubilación de acuerdo con la Ley 71 del 88. Solicitando que se absolviera a la entidad que representa de las anteriores condenas.

•Aclara que la señora Ana María Contreras fue excluida por el despacho cuanto su pensión fue concedida por Ley 71 del 88 por tanto no se le concedió la pensión, de los demás demandantes se ratificó en las apelaciones.

3. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La sentencia de primera instancia fue adversa parcialmente a Colpensiones, por lo que es obligatorio surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T.S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Supresa de Justicia.

Así mismo se analizarán en Grado Jurisdiccional de Consulta las pretensiones de los demandantes a quienes les fue totalmente desfavorable y no fueron incluidos en el recurso de apelación.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes no presentaron alegatos de conclusión.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala de Decisión es si los 73 demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por persona a cargo consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

7. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si los 73 demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por persona a cargo dispuesto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, a lo cual COLPENSIONES una vez acepta que los actores han sido reconocidos como pensionados de dicha entidad, se opone al reconocimiento de los incrementos pensionales proponiendo como excepciones la carencia del derecho reclamado, falta de prueba, prescripción de las prestaciones pretendidas y falta de causa para pedir intereses moratorios.

Al respecto, la Jueza *a quo* reconoció el derecho reclamado a 41 demandantes que sí habían acreditado haber accedido a su pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990 y evidenciaron la dependencia de sus familiares, negando a los restantes; conclusión que será objeto de estudio por parte de esta Sala, tanto por los sendos recursos de apelación que interpusieron las partes en situaciones concretas, como también, por el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de los demandantes no incluidos en la apelación a quienes se les negó el derecho y a favor de COLPENSIONES frente a los reconocimientos realizados.

De manera preliminar, se encuentra que, en la parte resolutiva de la providencia en análisis, se hace referencia a 77 personas entre los numerales primero y cuarto al discriminar a quienes se reconoce y niega el derecho reclamado; revisado este listado, se encuentra que el señor JUAN DE DIOS BUSTOS aparece en ambos numerales, pese a que en la parte considerativa del fallo solo se le enuncia en el grupo a quien se accede el derecho.

Por otra parte, se enuncia a tres sujetos que nunca conformaron el extremo por activa: SAÚL LEÓN, FREDDY MARTÍNEZ y JOSÉ ADOLFO ROJAS. Sobre los señores LEÓN y ROJAS, se advierte que la jueza en sus consideraciones ya había explicado que efectivamente no estaban en la demanda ni en su reforma, adicionando a este grupo a ALFONSO LIZARAZO pese a que este sí aparece debidamente integrado. Frente al señor FREDDY MARTÍNEZ CAICEDO, quien no está integrado en la demanda o su reforma y sobre quien afirma la jueza, se niega el derecho por no llevar testigos, pero

revisada la actuación no se evidencia que sea un sujeto procesal y aparentemente su referencia parece una confusión con la señora EDDY MARTÍNEZ CAICEDO, quien sí conforma el líbelo demandatorio.

En consecuencia, se revocará parcialmente el numeral cuarto de la providencia en consulta, y en su lugar la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre los señores SAÚL LEÓN, FREDDY MARTÍNEZ y JOSÉ ADOLFO ROJAS, por tratarse de sujetos completamente ajenos al presente litigio.

Así mismo, a folio 1273 en acta que contiene la decisión de excepciones previas el despacho declaró probada la falta de competencia respecto de JOSÉ ISAAC CÁCERES MEZA y JOSÉ REINALDO MARULANDA CÓRDOBA, por lo que quedaron excluidos del trámite y no podía haber pronunciamiento en la sentencia como efectivamente se hizo, siendo necesario revocar la absolución impartida y en su lugar abstenerse de emitir pronunciamiento sobre estos demandantes.

Aclarado lo anterior y abordando entonces el problema jurídico, se tiene que los incrementos de las pensiones por riesgo común y vejez se encuentran establecido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año y opera en un 14% sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de pensión. Y en un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad siempre que dependan económicamente del beneficiario.

Sobre la aplicabilidad de los incrementos pensionales, actualmente existen dos planteamientos, el primero corresponde a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha indicado en reiterada jurisprudencia (*SCL Radicado No. 36345 del 10 de agosto de 2010 y Radicado No 27923 del 12 de diciembre de 2007*) que los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 no han sido derogados por la Ley 100 de 1993, en tanto no hubo derogación tácita ni expresa en dicha norma aunque tal beneficio solo es aplicable a aquellas pensiones reconocidas de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 directamente o aquellas obtenidas en virtud del régimen de transición, por cuanto no son parte integrante de la pensión, lo que significa que no gozan de los atributos del derecho pensional en sí, entre ellos, la imprescriptibilidad (SL 40919 del 18 de septiembre de 2012) y por ende el actor que no reclama su derecho en los tres años siguientes a la causación de la pensión encontrará extinguido el mismo.

Esta concepción ha sido recientemente reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2955 del 31 de julio de 2019, donde se explica que esa Corporación desde la providencia del 27 de julio de 2005 en Radicado 21.517:

> "(…) *ha definido el criterio que se mantiene imperante de que el incremento previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es procedente para quienes les fue reconocida la pensión de vejez regulada en el artículo 12 ídem, incluso después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, bien por derecho propio o por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de ésta ley, pues tal norma*

> *dispuso que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes tuvieran edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, debería aplicárseles el régimen anterior, siendo para el caso que ocupa la atención de esta Sala el citado Acuerdo, en consecuencia su aplicación debe ser total*".

Lo anterior, se advierte, ha sido aplicado en providencias de este año como la SL059 del 22 de enero de 2020.

Ahora bien, el segundo criterio corresponde al de la Corte Constitucional, que afirma la extinción de dicha prestación económica a partir de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, aun para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el art. 36 de este compendio normativo. Ello sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 01 de abril de 1994. En síntesis, para la Corte Constitucional la prescripción no se puede predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con los requisitos a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Nótese como la tesis sostenida ya había sido expuesta en la reciente sentencia de tutela No. 456 del 27 de noviembre de 2018, proferida por su Sala Quinta de Revisión y fue ratificada en Sala Plena a través de sentencia SU-140 de 2019 que dictó la sentencia de reemplazo para la decisión que fue anulada mediante Auto No. 320 del 23 de mayo.

En el presente caso, la Sala observa que la *a quo* dio aplicación al reconocimiento de los incrementos a los demandantes, y condena a Colpensiones al pago de estos, aplicando una prescripción trienal sobre los no reclamados oportunamente y no sobre la totalidad; luego de encontrar acreditadas las exigencias del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 para su reconocimiento.

Frente a la disparidad de criterios que se evidencia entre las altas cortes sobre la materia, esta Sala ha venido adoptando la postura del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, que considera, tal como se explicó, que la Ley 100 de 1993 no derogó expresa ni tácitamente el beneficio de los incrementos pensionales contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, aunque manteniendo la prescripción de la acción para su reclamo sobre el derecho y no solo sobre las mesadas no reclamadas, por considerarla más incluyente y armónica con los principios mínimos fundamentales del derecho a la seguridad social y la protección especial a las personas de la tercera edad, y atendiendo el mandato constitucional del artículo 53 Superior y lo estipulado en el artículo 21 del CST

Teniendo en cuenta que, en el presente caso, la Sala conoce en consulta a favor de Colpensiones por la condena de los actores y en beneficio de los que se les negó el derecho, tanto por la apelación interpuesta, como los que no fueron incluidos en el recurso por el Grado de Consulta; la Sala procederá analizar si los demandantes cumplen con los requisitos que exige el Acuerdo 049 de 1990, para ser beneficiarios del incremento del 14% deprecado, a saber: i) Que haya sido reconocido el derecho pensional bajo las prerrogativas de la norma en mención, y ii) Que el cónyuge o compañera permanente dependa económicamente del jubilado y no disfrute de pensión; para después proceder a establecer si el derecho reclamado se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo.

7.1 Reconocimiento pensional derivado del Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990.

Frente a la primera exigencia, se tiene que a los demandantes que no acreditan haberse pensionado conforme al Acuerdo 049 de 1990 no se les reconocerá el incremento pensional, y una vez revisados los documentos obrantes al plenario se tiene que estos son:

1. José Natividad Mancilla, pensionado por invalidez mediante Resolución No. 002532 del I.S.S., bajo el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. (Fol. 192-C1)
2. Joaquín Arango Montaguth, a quien se reconoce pensión de vejez en la Resolución No. 5284 del 12 de junio de 2006 del I.S.S. por cuotas partes conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 860 de 2004. (Fol. 200-C1)
3. Rodolfo Ibarra Ramírez, pensionado por vejez con bono pensional tipo b conforme Resolución No. 003168 del 2003 y por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. (Fol. 198-199 C1)
4. Jesús Antonio Pedraza Torres, pensionado por vejez por la Ley 100 de 1993 conforme Resolución No. 8479 del 10 de septiembre de 2009 que modificó el reconocimiento inicial de la Resolución No.11509 del 24 de septiembre de 2007 del I.S.S. (Fol. 204-205 C1)
5. Jorge Bautista Romero, pensionado por invalidez mediante Resolución No. 007446 del 10 de agosto de 2009 por la Ley 860 de 2003. (Fol. 215-216 C1)
6. Pascual Miranda Quintero, pensionado mediante Resolución No. 0088 del 18 de febrero de 1988 por parte del ISS, en norma anterior y se avizora que allí se reconocen los reclamados incrementos. (Fol. 219-220 C1)
7. Hipólito Peñaranda Hernández, a quien mediante Resolución No. 8018 del 19 de agosto de 2006 del I.S.S. se le reconoce pensión de jubilación conforme a la Ley 71 de 1988. (Fol. 243-246 C1)
8. Julio Roque Cote Meaury, pensionado por invalidez en Resolución No. 002533 del 28 de marzo de 2008 del I.S.S. por la Ley 100 de 1993 (Fol. 249 C1)
9. José Isaac Cáceres Meza, a quien se reconoce pensión de vejez en cuotas partes conforme a la Ley 100 de 1993 y por Resolución No. 015738 del 18 de abril de 2007. (Fol. 718-722 C3)
10. Ana María Contreras Carrillo, que conforme Resolución No. 3634 del 22 de junio de 2010 accede a pensión de jubilación conforme a la Ley 71 de 1988 (Fol. 780-784 C3)
11. Jesús Ricardo Cuellar Fornes, pensionado por invalidez conforme el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 según Resolución No. 6712 del 11 de octubre de 2011 (Fol. 796-798 C3)
12. Beatriz Daza Bautista, a quien se reconoce pensión de jubilación conforme la Ley 71 de 1988 en Resolución No. 002166 de 1998. (Fol. 812-813 C3)
13. José Reinaldo Marulanda Córdoba, a quien se reconoce pensión de invalidez en Resolución No. 004964 del 25 de septiembre de 2004, conforme a la Ley 860 de 2003. (Fol. 871 C3)
14. Ricardo Noguera Angulo, pensionado de vejez por la Ley 100 de 1993 mediante Resolución No. 103870 del I.S.S. (Fol. 902 C3)
15. Saúl Vanegas Torres, a quien se reconoce pensión de jubilación por la Ley 71 de 1988 en Resolución No. 8662 del 23 de septiembre de 2009 del I.S.S. (Fol. 978-982 C3)

16. María Graciela Cáceres Posso, a quien mediante Resolución No. 1591 del 22 de agosto de 2007 se le reconoció pensión de jubilación de origen convencional por parte del I.S.S. (Fol. 1046-1048 C4)
17. Armando Ortega González, a quien se le reconoce pensión de invalidez en Resolución No. 1693 del 18 de mayo de 1988 por el I.S.S. conforme al Acuerdo 019 de 1983 aprobado en Decreto 232 de 1984. (Fol. 1060 C4)
18. Ramiro Enrique Torrado Badillo, pensionado de vejez por la Ley 100 de 1993 en Resolución No. 2128 del 9 de abril de 2010 (Fol. 1113-1118 C4)
19. Marco Tulio Ramírez, a quien en Resolución No. 6527 del 25 de octubre de 2010 se le reconoce pensión de vejez, por la Ley 100 de 1993 (Fol. 1154-1155 C4)

Por lo anterior, se revocará el reconocimiento realizado en el numeral primero de la sentencia impugnada a los señores JOSÉ NATIVIDAD MANCILLA, HIPÓLITO PEÑARANDA HERNÁNDEZ, JULIO ROQUE COTE MEAURY y JESÚS RICARDO CUELLAR FORNES, en su lugar se declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación al no haber acreditado haberse pensionado conforme el Acuerdo 049 de 1990.

Así mismo, se confirmará la absolución contenida en numeral cuarto de la providencia analizada respecto de los demandantes MARÍA GRACIELA CÁCERES POSSO, JORGE BAUTISTA ROMERO, SAÚL VANEGAS TORRES, ANA MARÍA CONTRERAS CARRILLO, MARCO TULIO RAMÍREZ, RAMIRO ENRIQUE TORRADO BADILLO, BEATRIZ DAZA BAUTISTA, ARMANDO ORTEGA GONZÁLEZ, RODOLFO IBARRA RAMÍREZ, JOAQUÍN ARANGO MONTAGUTH y PASCUAL MIRANDA QUINTERO, por las mismas razones expuestas en primera instancia, y la negativa de los señores RICARDO NOGUERA ANGULO y JESÚS ANTONIO PEDRAZA TORRES, pero no por haber dejado de aportar testimonios sobre la convivencia como indicó la jueza de instancia, sino por haberse pensionado en normatividad diferente a la que ampara el derecho pretendido.

7.2 Dependencia económica de la persona a cargo

Respecto a la segunda condición, esto es, que se demuestre la existencia de hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o hijos inválidos que dependan económicamente y de cónyuge o compañera permanente que dependa económicamente del jubilado y no disfrute de pensión, se deberá analizar el acervo probatorio respecto de cada uno de los actores.

Sea lo primero advertir que la teoría general de la carga de la prueba establece que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al establecer *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".*

Al respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación n.° 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que:

> "(…) *no están sometidos a la tarifa legal, como quiera que atendiendo los mandatos previstos en el artículo. 61 del CPTSS, ostentan la facultad legal de apreciar libremente los medios de prueba y así formar de manera libre su convencimiento, atendiendo, eso sí, el principio de la sana crítica, lo que conlleva a que sus conclusiones, mientras no sean descabelladas, queden amparadas por la presunción de legalidad y acierto*" y concluyen que las decisiones se deben fundamentar en los "*elementos probatorios que le merezcan mayor persuasión y credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico*".

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, se resalta que la totalidad de los demandantes aportan declaraciones extrajuicio rendidas por personas que en diferentes maneras manifiestan conocer y dar fe sobre la dependencia económica entre pensionado y cónyuge, compañero o compañera permanente; sin embargo, en su contestación la demandada COLPENSIONES solicita la ratificación de estas declaraciones y no todos los declarantes acudieron a rendir su testimonio.

Teniendo en cuenta que este proceso inició en vigencia del Código de Procedimiento Civil y que fue interpuesto el recurso de apelación antes del 1 de enero de 2016, la norma a tener en cuenta al respecto es el artículo 229 del C.P.C. que establece el deber de ratificar las declaraciones de testigos rendidas sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan a menos que se prescinda de común acuerdo, lo cual se complementa con el artículo 277 sobre documentos emanados de terceros, cuya ratificación es innecesaria salvo que la parte contraria lo solicite.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL138 de 2020 refiere diferentes decisiones previas donde se concluyó que:

> "(…) *no se requiere la ratificación del contenido de los documentos declarativos emanados de terceros, entre ellos, las declaraciones extra procesales que se realizan ante notario, «salvo que la parte contraria lo solicite» dentro las etapas procesales pertinentes, es decir, en la contestación a la demanda y en el momento del decreto de la prueba*".

De esta forma, destacando que su plena validez probatoria se desprende de la omisión de la parte interesada en solicitar su ratificación, lo que no sucede en este caso pues a folios 1262 y 1269 se encuentra la manifestación expresa en la contestación de la demanda de esta petición.

Siguiendo esta exigencia probatoria, procede la Sala a analizar las pruebas aportadas por los demandantes para verificar quienes cumplieron con la carga que les correspondía:

1. **Ana Mercedes Delgado Ramón**, pensionada mediante Resolución No. 000854 del 24 de febrero de 2005 (Fol. 194 C1), reclama incremento por 14% para su cónyuge Luis Alberto Ramón Parada, aportando:

- Partida de matrimonio del 2 de marzo de 1997 (Folio 576-C2),
- Declaración extrajuicio del señor Luis Alfredo Herrera Méndez (Fol. 258 C1) no acudió a ratificarla.
- Declaración extrajuicio de la señora Genny Pabón Blanco (Fol. 257 C1) en la ratificación declaró que conoce a la Señora Delgado hace 30 años, que vive con su esposo José Ramón quien no trabaja porque está enfermo y ella con su pensión mantiene el hogar.
- Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del cónyuge (Fol. 513 C2)

De las pruebas aportadas no se desprende prueba suficiente para acreditar la dependencia, pues la única testigo que acudió a ratificar su declaración no estableció en manera alguna las circunstancias de modo y lugar porque conoce a la actora e inclusive se equivoca en el nombre del cónyuge; resultando insuficiente su declaración para acreditar la prueba de dependencia.

2. **Álvaro Oliveros Quintero**, pensionado mediante Resolución No. 008158 del 26 de agosto de 2009 del I.S.S. (Fol. 195 C1), reclama el incremento por 14% para su cónyuge Gloria Patricia Osorio Uribe, aporta la partida de matrimonio No. 130973 del 23 de agosto de 1985 (Fol. 578 C2). Para probar dependencia con las declaraciones extrajuicio de los señores HECTOR LUIS RINCÓN y MARIBEL ARO MEZA (Fol. 261-262 C1), no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiario (Fol. 517 C2) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

3. **Blanca Stella Araque de Leal**, pensionada mediante Resolución No. 006118 del 25 de junio de 2009 (Fol. 196 C1), reclama incremento por 14% para su cónyuge Luis Alberto Ramón Parada y del 7% para su menor hija KEREN YEMINA LEAL ARAQUE, aportando:

- Partida de matrimonio N°563778 del 30 de diciembre de 1978 (Folio 579-C2),
- Registro civil de nacimiento Serial 35297058 de la menor KEREL LEAL nacida el 15 de diciembre de 1995 (Fol. 611 C2)
- Constancia de estudio expedida por COLEGIO ACOANDES del 10 de abril de 2011 de la estudiante KEREN LEAL para 10° grado (Fol. 635 C2)
- Declaración extrajuicio del señor Fredy Alberto Peñaloza Peña (Fol. 266 C1) no acudió a ratificarla.
- Declaración extrajuicio del señor Fredy Omar Sánchez Ortega (Fol. 265 C1) en la ratificación declaró que conoce a la Señora Blanca Araque como vecina desde hace 30 años, conoce que convive con el señor Víctor Leal y depende de la pensión que ella percibe por su enfermedad, así como su hija de 17 años.
- Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del cónyuge y la hija (Fol. 519-520 C2)

Se encuentra acreditado que la señora Araque de Leal por medio de su pensión sostiene su hogar, conformado por su esposo e hija menor, pues si bien solo asiste un testigo, este manifiesta de manera clara y espontánea las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las que conoce a la actora y su posición como cabeza de familia. Frente a la menor hija, se acreditó su

calidad de estudiante a los 15 años, pero no después de los 16, por lo que el incremento no se evidencia causado después del 15 de diciembre de 2011.

4. **María Cristina Figueroa de Useche**, pensionada mediante Resolución No. 101650 del 15 de abril de 2010 (Fol. 199 C1), reclama incremento por 14% para su compañero permanente Fernando Barón Ramírez, aportando:

- Declaración extrajuicio de la señora Rayza Samaris Gonzáles Doncel (Fol. 272 C1) no acudió a ratificarla.
- Declaración extrajuicio de la señora Belsy Yolanda García Parada (Fol. 265 C1) en la ratificación declaró que conoce a la señora María Cristina de toda la vida en el Barrio Santo Domingo como vecinas, que vive con su esposo y es ella quien mantiene el hogar con su pensión, pues si bien un tiempo trabajo ya no porque está enfermo.
- Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del compañero permanente (Fol. 519-520 C2)

De las pruebas aportadas no se desprende prueba suficiente para acreditar la calidad de compañero permanente del señor Barón Ramírez en los términos del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, pues la única declarante no establece desde que momento comenzaron a convivir la actora y el señor Barón, en aras de presumir la unión marital de hecho al no haberse aportado la declaración constitutiva de la misma. Por ende, no acredita el supuesto para analizar la dependencia y acceder a la pretensión.

5. **Eddy Martínez Caicedo**, pensionada mediante Resolución No. 101516 del 15 de abril de 2010 (Fol. 206 C1), reclama el incremento del 14% por cónyuge William Delgado, conforme partida de matrimonio No. 1275088 (Fol. 582 C2), para lo cual aporta las declaraciones extrajuicio de las señoras CARMEN ELISA VARGAS ACEVEDO y MARÍA ENOE CAÑAVERAL HENAO (Fol. 277 y 275 C1), no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiario (Fol. 528 C2) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

6. **Pedro José Estupiñán**, pensionado mediante Resolución No. 003064 del 26 de marzo de 2009 (Fol. 208 C1), reclama incremento por 14% para su cónyuge Gloria María Rodríguez Gómez, aportando:

- Registro civil de matrimonio (Folio 583-C2).
- Declaración extrajuicio del señor Luis Alberto Daza Carrillo (Fol. 279 C1) en la ratificación expresa que conoce a Pedro porque vivían en Atalaya Primera Etapa, que convive con su esposa Gloria Rodríguez y es quien mantiene el hogar con su pensión.
- Declaración extrajuicio del señor José Rafael Mendoza Blanco (Fol. 281 C1) en la ratificación declaró que conoce al señor Pedro como vecinos de Atalaya, que vive con la señora María rodríguez y esta depende económicamente de él quien sobrevive con su pensión.
- Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la cónyuge (Fol. 529 C2)

Se encuentra acreditado que el señor Pedro Estupiñán por medio de su pensión sostiene su hogar, del cual depende la subsistencia de su esposa desde su matrimonio en 1975, conforme a lo manifestado por los testigos quienes concuerdan en sus relatos y explican la ciencia de su dicho.

7. **Jaime Enrique Galindo González**, pensionado mediante Resolución No. 000426 del 21 de mayo de 2004 (Fol. 209 C1), reclama incremento por 14% para su cónyuge Mery Rosa Leal, aportando:

- Registro civil de matrimonio (Folio 584-C2).
- Declaración extrajuicio del señor Luis Antonio Arciniegas Gamboa (Fol. 283 C1) en la ratificación expresa que conoce al señor Galindo hace más de 40 años, convive con Mery Leal y es el que sostiene el hogar con su pensión, pues ella siempre ha atendido el hogar y tienen hijos, pero ya son adultos.
- Declaración extrajuicio de la señora Juliana Aurora Carrero de Gutiérrez (Fol. 284 C1) relata que conoce a los señores Galindo y Leal como esposos desde hace 40 años, pues son vecinos del Barrio Ciudad Jardín y es el señor Leal el que mantiene el hogar con su pensión.
- Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la cónyuge (Fol. 530 C2)

Se encuentra acreditado que el señor Galindo González por medio de su pensión sostiene su hogar, explicando los testigos que conocen al actor y su esposa desde hace 40 años como vecinos, en un relato espontáneo y coherente al que se le confiere credibilidad; por ende, se encuentra acreditado el requisito de convivencia.

8. **Romulo Augusto Colmenares**, pensionado mediante Resolución No. 101419 del 15 de abril de 2010 del I.S.S. (Fol. 211 C1), reclama el incremento del 14% para su cónyuge Dioselina Romero de Colmenares y del 7% para su hijo inválido Edgar Enrique Colmenares Romero, aportando:

- -Partida de matrimonio (Fol. 585 C2).
- -Certificado de medicina laboral del I.S.S. expedido el 23 de abril de 1997 declarando la pérdida de capacidad laboral de EDGAR COLMENARES en un 60% (Fol. 623 C2).
- -Declaraciones extrajuicio rendidas por Jaime Darío Araque García y Olmedo Vargas Rodríguez (Fol. 287-289) no acudieron a ratificarla.
- -Certificado de afiliación al sistema de salud de la cónyuge (Fol. 532).

De las anteriores pruebas no se desprenden suficientes elementos que arrojen convicción sobre la dependencia de la cónyuge e hijo inválido, pues los testigos no acudieron a ratificar su declaración y por ende la misma carece de validez probatoria, lo cual no puede subsanarse solamente con la afiliación en salud.

9. **Luis Felipe Romero**, pensionado mediante Resolución No. 012507 del 27 de noviembre de 2007 (Fol. 212 C1), reclama incremento por 14% para su cónyuge Esperanza Pabón Calderón, aportando:

- Acta de matrimonio (Folio 586-C2).
- Declaración extrajuicio del señor Luis Alfonso Sandoval Torres (Fol. 291 C1) en la ratificación expresa que conoce a los señores Felipe y Esperanza desde hace más de 30 años como vecino del barrio, por lo que conoce que con la pensión del señor Romero se sostiene el hogar.

- Declaración extrajuicio de la señora María Elizabeth Negrón Jaimes (Fol. 294 C1) relata que es vecina del actor desde hace 12 años, y da fe que convive con Esperanza Pabón, sosteniendo el hogar con su pensión, pues su esposa siempre ha sido ama de casa.
- Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la cónyuge (Fol. 534 C2)

Se encuentra acreditado que el señor Luis Felipe Romero por medio de su pensión sostiene su hogar, concordando los testigos en que como vecinos han apreciado que la señora Pabón es ama de casa y depende de su esposo; por ende, se encuentra acreditado el requisito de convivencia.

10. **Hermes Rubio Rangel**, pensionado mediante Resolución No. 5588 del 27 de junio de 2006 (Fol. 213 C1), reclama incremento por 14% para su compañera permanente María de Carmen Vera, aportando:

- -Declaración extrajuicio del señor Gabriel Bastos Rugeles (Fol. 297 C1) en la ratificación expresa que es amigo del señor Rubio desde hace 25 años y da fe que convive con María del Carmen Vega, sosteniendo su hogar.
- -Declaración extrajuicio del señor Jorge Enrique Ortega Duarte (Fol. 298 C1) quien en su ratificación expresa que conoce al actor desde hace 27 años, en los que ha convivido con María del Carmen Vera quien depende de su esposo.
- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la compañera permanente (Fol. 535 C2)

Se encuentra acreditado por el relato concordante de los testigos que el señor Rubio Rangel convive, al menos, desde hace 25 años con la señora María del Carmen Vera y que esta depende del ingreso económico que él provee; por ende, se encuentra acreditado el requisito de convivencia.

11. **Luis Alberto Pinzón Ramón**, pensionado mediante resolución No. 003085 del 28 de marzo de 2008 (Fol. 214 C1), reclama incremento por 14% para su compañera permanente Marina Orozco de Patiño, aportando:

- -Declaración extrajuicio de Anabeiba Cortes de Arévalo (Fol. 301 C1), que en la ratificación manifiesta que conoció al señor Luis Alberto como vecina en el barrio Ospina Pérez desde hace más de 27 años, donde convive con Marina Orozco en el mismo techo como esposos y subsisten de su pensión.
- -Declaración extrajuicio de Jairo Jácome Barranco no ratificada. (Fol. 302 C1)
- - Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la compañera permanente (Fol. 537 C2)

De las pruebas aportadas no se desprende prueba suficiente para acreditar la calidad de compañero permanente de la señora Orozco de Patiño en los términos del artículo 2° de la Ley 54 de 1990; la única declarante no establece desde que momento comenzaron a convivir el actor y la señora Orozco, en aras de presumir la unión marital de hecho al no haberse aportado la declaración constitutiva de la misma. Por ende, no acredita el supuesto para analizar la dependencia y acceder a la pretensión.

12. **Carmen Rosa Mendoza de Gómez**, pensionada según resolución No. 10091 del 15 de marzo de 2010 del I.S.S. (Fol. 217 C1), quien reclama incremento del 14% por su cónyuge Laureano Gómez Grimaldo, aportando:

- -Acta de matrimonio No. 571707 (Fol. 587 C2)
- -Declaraciones extrajuicio de Luis Enrique Cárdenas Gutiérrez y Eileen Yasmín Zaraza Mendoza que no acudieron a ratificarla (Fol. 307-308 C1)
- -Testimonio rendido por Fabio Andelfo Arias Ruiz, declara que conoce a Carmen Rosa desde hace 25 años pues son delegados de la Junta del Barrio, afirmando que ella convive con su esposo Laureano Gómez y es quien mantiene el hogar con su pensión.

- Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del cónyuge (Fol. 539 C2)

En el presente caso, si bien se presenta un solo testigo, de sus manifestaciones espontáneas se deriva suficiente persuasión para acreditar la dependencia, dado que expresa la razón y el tiempo de la dependencia y de cómo conoce a la actora y a su esposo, acreditando el supuesto para acceder a la pretensión.

13. **Tobías Merchán Ortiz**, pensionado según resolución No. 007898 del 27 de julio de 2007 del I.S.S. (Fol. 221 C1), quien reclama incremento del 14% por su cónyuge Waldina Tarazona de Merchán, aportando:

- -Partida de matrimonio (Fol. 589 C2).
- -Declaración extrajuicio rendida por Pastor Rodríguez Gómez, no ratificada. (Fol. 314 C1)
- -Declaración extrajuicio rendida por Jackelin Johana Santamaría (Fol. 313 C1) que al ratificar expresó conocer al señor Tobías desde hace 22 años como vecinos, así como a su esposa Waldina Tarazona con quien tuvo hijos que ya son adultos y depende de él porque está enferma.
- - Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la cónyuge (Fol. 543 C2)

De las manifestaciones de la testigo se desprenden las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las que conoce sobre la dependencia de la señora Tarazona de su esposo, con lo que se encuentra acreditado el requisito normativo.

14. **José Froilán Parra**, pensionado según resolución No. 003276 del 27 de junio de 2001 del I.S.S. (Fol. 222 C1), quien reclama incremento del 14% por su compañera permanente Ana Beatriz Rubio Maldonado, aportando:

- -Declaración extrajuicio rendida por Carmen Alicia Castro Mendoza, no ratificada. (Fol. 316 C1)
- -Declaración extrajuicio rendida por María Raquelina Díaz Forero (Fol. 315 C1) que al ratificar manifestó conocer al señor Froilán desde hace 20 años y que vive con su esposa, Betty Ortiz, bajo el mismo techo y el señor mantiene su hogar con la pensión.

- - Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la compañera permanente (Fol. 545 C2)

De las pruebas aportadas no se desprende prueba suficiente para acreditar la calidad de compañera permanente de la señora Rubio Maldonado en los términos del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, pues la única declarante no identifica plenamente a la señora y tampoco establece desde que momento comenzaron a convivir el actor, en aras de presumir la unión marital de hecho al no haberse aportado la declaración constitutiva de la misma. Por ende, no acredita el supuesto para analizar la dependencia y acceder a la pretensión.

15. **Concepción Jiménez Carrillo**, pensionada según Resolución No. 002920 del 26 de marzo de 2009 del I.S.S. (Fol. 223 C1), quien reclama incremento del 14% por su cónyuge Miguel Humberto Celemín Albarracín, aportando:

- -Partida de matrimonio No. 4819883 (Fol. 590 C2)
- -Declaración extrajuicio rendida por Carmen Sofía Cubillos Anaya, no ratificada. (Fol. 318 C1)
- -Declaración extrajuicio rendida por Nubia Rueda Cubillos (Fol. 317 C1) que al ratificarla indicó que conoce como vecina a la señora Concepción desde hace 25 años, que vive con su esposo Miguel Celemín y este no trabaja, pues sufrió de una hernia discal y tuvo que dejar de laborar, quedando al sostén del hogar la pensión de la señora Concepción.
- - Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la cónyuge (Fol. 546 C2).

De las manifestaciones de la testigo se desprenden las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las que conoce sobre la dependencia del señor Celemín de su esposa, con lo que se encuentra acreditado el requisito normativo.

16. **Marcelino Peña Martínez**, pensionado según Resolución No. 014156 del 15 de diciembre de 2006 del I.S.S. (Fol. 224 C1), quien reclama incremento del 14% por su cónyuge Ana Cecilia Flórez de Peña y del 7% por menor hija, aportando:

- -Partida de matrimonio No. 04532469 (Fol. 591 C2)
- -Declaraciones extrajuicio rendidas por Luis Alfonso Sandoval Torres y Margarita Guerrero Pinzón sin ratificar. (Fol. 321-322 C1)
- -Testimonio rendido por Roberto Navarro Lázaro, quien manifiesta haber conocido a Marcelino en una iglesia cristiana y que este vive con su esposa Cecilia, dice que tienen hijos, pero no son menores y que él mantiene el hogar con su pensión.
- - Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la cónyuge (Fol. 547 C2)

En este caso, se resalta que no llega siquiera a identificarse el nombre de la menor por la que se reclama incremento y en el caso de la cónyuge, el único testigo no relata las circunstancias de tiempo desde las que conoce al actor y su esposa, no siendo suficiente para acreditar el requisito de dependencia.

17. **Alfredo Esteban Medina**, pensionado mediante Resolución No. 002930 del 13 de junio de 1997 del I.S.S. (Fol. 225 C1), reclama el incremento por 14% para su cónyuge Myrian Castillo Vera, conforme partida de matrimonio No. 07076 (Fol. 592 C2); para probar dependencia aporta Las declaraciones extrajuicio de los señores María Adelaida Guerrero Ortiz y Edgar Armando Rincón Alba (Fol. 323-324 C1), quienes no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiario (Fol. 548 C2) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

18. **Reinaldo Vega Acero**, pensionado mediante resolución No. 00496 del 24 de junio de 2004 del I.S.S. (Fol. 226 C1), quien reclama el incremento del 14% para su cónyuge Cefora García Riveros y del 7% para sus hijos inválidos Eliécer Vega García y Amelia Vega García, aportando:

- -Acta de matrimonio No. 588265 (Fol. 594 C2)
- -Registros civiles de nacimiento (Fol. 613-614 C2)
- -Certificado de medicina laboral del I.S.S. expedido el 12 de octubre de 1995 declarando la pérdida de capacidad laboral de ELIECER VEGA GARCÍA en un 64.15% y certificado de NUEVA E.P.S. del 11 de marzo de 2009 calificando con 50% a AMELIA VEGA GARCÍA (Fol. 626-633 C2)
- -Declaraciones extrajuicio rendidas por María Celina Botello Moreno y Zoila Lindarte Silva; (Fol. 287-289) quienes no acudieron a ratificarla.

De las anteriores pruebas no se desprenden suficientes elementos que arrojen convicción sobre la dependencia de la cónyuge e hijo inválido, pues los testigos no acudieron a ratificar su declaración y por ende la misma carece de validez probatoria, lo cual no puede subsanarse solamente con la afiliación en salud.

19.Adela Calderón, pensionada mediante Resolución No. 007188 del 28 de julio de 2009 del I.S.S. (Fol. 227 C1), reclama el incremento por 14% para su cónyuge Víctor Hugo Botello Serrano, conforme partida de matrimonio No. 1237714 (Fol. 596 C2); para probar dependencia aporta las declaraciones extrajuicio de los señores Javier Antonio Moreno Villamizar y Andrea del Pilar Moreno Botello (Fol. 331-335 C1), no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiario (Fol. 549 C2) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

20.Francisco Antonio Cárdenas, pensionado según Resolución No. 001799 del 28 de julio de 2009 del I.S.S. (Fol. 229 C1), reclama incremento del 14% por su compañera permanente María de los Ángeles Alfonso Alfonso, aportando:

- -Declaración extrajuicio rendida por Manuel Dolores Serrano (Fol. 337 C1) quien manifiesta al ratificar que fue compañero de trabajo del actor desde hace 27 años, conviviendo desde que lo conoce con María de los Ángeles Alfonso y además han compartido una amistad permanente, por lo que conoce que el señor Cárdenas mantiene su hogar con la pensión que recibe porque la esposa no trabaja.
- -Declaración extrajuicio rendida por Darío Arévalo Pérez (Fol. 338 C1) que al ratificar expresó que conoce al señor Francisco por vivir en el

mismo barrio, donde vive con su esposa María de los Ángeles Alfonso y es quien sostiene su hogar con la pensión.
- - Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la compañera permanente (Fol. 550 C2).

De las manifestaciones de la testigo se desprenden las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las que conoce sobre la dependencia de la señora María de los Ángeles Alfonso de su esposo, con lo que se encuentra acreditado el requisito normativo.

20. **Alfonso Silva Alvarado**, pensionado según Resolución No. 001578 del 19 de abril de 2000 del I.S.S. (Fol. 230 C1), quien reclama incremento del 14% por su compañera permanente Sonia Contreras Arias y del 7% por su menor hijo Cristian Alfonso Silva, aportando:

- -Registro civil de nacimiento No. 41930986 (Fol. 615 C2)
- -Declaración extrajuicio rendida por Ayde María Aguilar Vargas (Fol. 339 C1) manifiesta conocer al señor Silva desde hace 18 años cuando vivía en Tasajero y que convivía con su esposa Sonia Contreras, sosteniendo el hogar con su pensión porque ella no trabaja.
- -Declaración extrajuicio rendida por Jorge Enrique Silva Rodríguez (Fol. 340 C1) que al ratificar expresó conocer al señor Silva Alvarado desde que vivían en Tasajero y que allí vive con su esposa Sonia Contreras Arias, manteniendo el hogar con la pensión porque ella asume los deberes de la casa y no trabaja.
- - Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la compañera permanente (Fol. 552 C2)

De las manifestaciones de los testigos, de manera concordante, se desprenden las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las que conocen sobre la dependencia de la señora María de los Ángeles Alfonso de su esposo, con lo que se encuentra acreditado el requisito normativo.

21. **Jorge Silva Alvarado**, pensionado según resolución No. 009088 del 25 de agosto de 2006 del I.S.S. (Fol. 231 C1), quien reclama incremento del 14% por su compañera permanente Esperanza Sayago Aponte, aportando:

- -Declaración extrajuicio rendida por Luis Olinto Gaitán (Fol. 341 C1) manifiesta al ratificar que conoce por amistad y trabajo al señor Silva desde hace 20 años, que convive con su esposa Esperanza y sus hijos son mayores, teniendo conocimiento que es la pensión del señor Silva de la que se sostienen ambos esposos.
- -Declaración extrajuicio rendida por Luis Alfonso Calderón Parra (Fol. 343 C2) que no fue ratificada.
- - Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la compañera permanente (Fol. 553 C2)

Para este caso, el único testigo manifestó conocer el hogar conformado por Jorge Silva y Esperanza Sayago desde hace 20 años y compartir en escenarios de trabajo y amistad desde entonces a la fecha, informando que su única fuente de ingresos era lo que devengaba el actor, de manera espontánea y creíble, por lo que se acredita el requisito de dependencia.

22. **José Alirio Jurado**, pensionado mediante Resolución No. 100780 del 15 de marzo de 2010 (Fol. 232 C1), reclama incremento por 14% para su cónyuge Stella Santisteban Eslava, aportando:

- -Acta de matrimonio No. 558760 (Folio 597-C2),
- -Declaración extrajuicio de Herminia Cristina Julio Berrio (Fol. 346 C1) no acudió a ratificarla.
- -Declaración extrajuicio de la señora Cruz Lenin Blanco Barrientos (Fol. 345 C1) en la ratificación declaró que conoce al señor José Alirio desde hace 20 años, que vive con su esposa Estela Santisteban y mantiene el hogar con su pensión.
- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del cónyuge (Fol. 555 C2)

De las pruebas aportadas no se desprende prueba suficiente para acreditar la dependencia, pues la única testigo que acudió a ratificar su declaración no estableció en manera alguna las circunstancias de modo y lugar por la que conoce al actor; resultando insuficiente para acreditar la prueba de dependencia.

23. **Juan de Dios Bustos**, pensionado mediante Resolución No. 001258 del 24 de febrero de 2006 del I.S.S. (Fol. 234 C1), reclama el incremento por 14% para su cónyuge Evelina Rueda Rojas, conforme partida de matrimonio No. 638396 (Fol. 598 C2); para probar dependencia aporta las declaraciones extrajuicio de los señores Inés María Pérez Arévalo y José Guillermo Foronda Montoya (Fol. 347-348 C1), no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiario (Fol. 557 C2) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

24. **Luis Abuin Guerrero Pabón**, pensionado mediante Resolución No. 001047 del 22 de noviembre de 2003 del I.S.S. (Fol. 235 C1), quien reclama el incremento por 14% para su cónyuge Isabel Sánchez Ardila, conforme Partida de Matrimonio No. 580629 y Registro Civil de Matrimonio (Fol. 599-600 C2); para probar dependencia aporta las declaraciones extrajuicio de los señores María Martina Reyes Cáceres y Edgar Omar Morantes (Fol. 349-350 C1), no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiaria (Fol. 559 C2) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

25. **Luis Olinto Gaitán**, pensionado según resolución No. 007335 del 2 de octubre de 1993 del I.S.S. (Fol. 236 C1), quien reclama incremento del 14% por su compañera permanente María Arianda Blanco Ortega, aportando:

- -Declaración extrajuicio rendida por Jorge Silva Alvarado (Fol. 351 C1) manifiesta conocer al señor Gaitán hace aproximadamente 30 años como compañeros de trabajo en la Droguería Bolívar, que vive con su esposa en Carora y la mantiene con su pensión, pues sufrió una trombosis y está muy enferma.
- -Declaración extrajuicio rendida por Luis Alfonso Calderón Parra (Fol. 352 C2) que no fue ratificada.
- - Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la compañera permanente (Fol. 560 C2)

Para este caso, el único testigo manifestó conocer el hogar conformado por Luis Olinto Gaitán y María Arianda Blanco desde hace 30 años como compañeros de trabajo, lo que coincide con la versión que anteriormente dio el señor Olinto como testigo de su situación, y manifestó claramente la razón de la dependencia de la señora Blanco, por lo que se acredita el requisito de dependencia.

26. **Juan José Saenz Cárdenas**, pensionado según resolución No. 102969 del 12 de agosto de 2010 del I.S.S. (Fol. 237 C1), quien reclama incremento del 14% por su cónyuge Esperanza Ivonne Correa de Sáenz, aportando:

- -Partida de Matrimonio No. 571897 (Fol. 601 C2)
- -Declaración extrajuicio rendida por Fanny Margarita Gómez de Peñaloza (Fol. 355 C1) manifestó conocer al señor Juan José Saenz y a su esposa Ivonne Correa, se mantienen de su pensión y tuvieron 4 hijos, ya mayores.
- -Declaración extrajuicio rendida por Aura Stella Barbosa Núñez (Fol. 356 C1) que al ratificar expresó conocer desde hace 10 años a los señores Juan José Saenz y su esposa Esperanza Correa, tuvieron 4 hijos, y expresa que ella depende de su pensión.
- - Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la cónyuge (Fol. 561 C2)

De las manifestaciones de los testigos, de manera concordante, se desprenden las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las que conocen sobre la dependencia de la señora Esperanza Ivonne Correa de Sáenz de su esposo, con lo que se encuentra acreditado el requisito normativo.

27. **Gilberto Navarro**, pensionado según Resolución No. 000295 del 24 de abril de 2002 del I.S.S. (Fol. 239 C1), quien reclama incremento del 14% por su cónyuge Margarita Rodríguez Sánchez, aportando:

- -Partida de Matrimonio No. 1304873 (Fol. 602 C2)
- -Declaración extrajuicio rendida por Diana Carolina Caicedo Perdomo (Fol. 357 C1) que manifestó conocer al señor Gilberto desde hace 12 años a través de su hermano, siendo vecinos desde entonces, afirma que vive con su esposa Margarita Rodríguez y sostiene su hogar con la pensión.
- -Declaración extrajuicio rendida por Mery Perdomo Lugo (Fol. 358 C1) que al ratificar expresó ser vecina del actor y su esposa Margarita Rodríguez, cuyo hogar se sostiene de la pensión, tuvieron 4 hijos, pero ya son mayores.
- - Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la cónyuge (Fol. 562 C2)

De las manifestaciones de los testigos, de manera concordante, se desprenden las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las que conocen sobre la dependencia de la señora Margarita Rodríguez Sánchez de su esposo, con lo que se encuentra acreditado el requisito normativo.

28. **Luz Teresa Jaimes Rolón**, pensionada mediante resolución No. 101935 del 13 de mayo de 2010 del I.S.S. (Fol. 240 C1), quien reclama el incremento por 14% para su cónyuge Julio Mario Rangel Carrillo, aportando:

- -Partida de Matrimonio No. 575603 (Fol. 604 C2);
- -Declaraciones extrajuicio de la señora Isbelia Esteban Barón (Fol. 359 C1) que no acudió a ratificarla.
- -Declaración extrajuicio de la señora Martha Sonia Martínez Lindarte (Fol. 360 C1), quienes manifestó al ratificar que conoce hace 30 años a la actora, que vive con su esposo Julio Mario y viven de su pensión.
- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del cónyuge (Fol. 563 C2)

De las pruebas aportadas no se desprende prueba suficiente para acreditar la dependencia, pues la única testigo que acudió a ratificar su declaración no estableció en manera alguna las circunstancias de modo y lugar por la que conoce a la actora; resultando insuficiente para acreditar la prueba de dependencia.

29. **Álvaro Fajardo Moya**, pensionado según resolución No. 0077889 del 27 de julio de 2007 del I.S.S. (Fol. 241 C1), quien reclama incremento del 14% por su compañera permanente Ricarda Granados y sus menores hijos José Carlos Fajardo Domínguez y Álvaro Stiven Fajardo Pedraza, aportando:

- -Registros civiles de nacimiento: N° 23533572 de José Carlos Fajardo nacido el 8 de junio de 1999 (Fol. 616) y N° 50468082 de Álvaro Stiven Fajardo nacido el 4 de abril de 2009(Fol. 617)
- -Constancia de estudio de José Carlos Fajardo expedida por Institución Educativa Colegio San Bartolomé para el año 2011, informando que cursa grado sexto. (Fol. 636)
- -Declaración extrajuicio rendida por German Leonardo Díaz Perozo (Fol. 365 C1) quien no acudió a ratificarla.
- -Declaración extrajuicio rendida por Alirio Guerrero Velasco (Fol. 366 C1) que al ratificar expresó conocer a Álvaro Fajardo desde la década de los 80 porque trabajaron juntos en Corta Distancia hasta que se pensionó; afirma que desde entonces puede dar fe que convive con la señora Ricarda, no sabe si casados o no, pero sí sabe que ella no trabaja; sin embargo al ser requerido sobre su cercanía, explica que desde salir pensionado no se frecuentan, solo se vieron ese día y cuando fue a la notaría, y que no va a la casa del actor y recuerda que la señora Ricarda le entregaba la comida en el bus al actor cuando trabajaba.
- - Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la compañera permanente e hijos (Fol. 566 C2)

De las pruebas aportadas no se desprenden elementos suficientes para acreditar la calidad de compañera permanente de la señora Ricarda Granados en los términos del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, pues el único declarante no es claro frente a la fecha en que afirma dar fe de su conocimiento y no demuestra conocimiento directo y actual de su situación, en aras de presumir la unión marital de hecho al no haberse aportado la declaración constitutiva de la misma. Por ende, no acredita el supuesto para analizar la dependencia y acceder a la pretensión por la compañera permanente, máxime al verificar en el certificado de E.P.S. que entre 2008 y 2011 registró 3 compañeras diferentes como beneficiarias. Quedando solo el incremento por hijo a cargo, que en el caso de José Carlos Fajardo va hasta que cumple 16, el 8 de junio de 2015 por no acreditar estudios posteriores, y el de Álvaro Stiven Fajardo que a la fecha no cumple la edad

límite, el cual no fue analizado en primera instancia y se reconocerá por el grado de consulta.

30. **Jorge Ernesto Fernández López**, pensionado mediante resolución No. 0011525 del 1 de diciembre de 2009 del I.S.S. (Fol. 247-248 C1), quien reclama el incremento por 14% para su compañera permanente Odilia Rubio Oliveros y del 7% por su menor hija Diana Karina Fernández, aportando:

- -Registro civil de nacimiento de Diana Karina Fernández N° 20881504, nacida el 2 de mayo de 1994 (Fol. 618 C2)
- -Certificado de estudios expedido por Instituto Intesis el 15 de marzo de 2011, informando que Diana Fernández cursa el 10° grado.
- -Declaraciones extrajuicio de la señora Fanny Eusebia Cuevas Alba (Fol. 371 C1) que no acudió a ratificarla.
- -Declaración extrajuicio de la señora Loyola Valbuena Rangel (Fol. 374 C1), quien manifestó conocer a Jorge Ernesto como vecinos hace 20 años, que vive con la señora Odilia Oliveros y mantiene su hogar con la pensión, donde también vive una hija de 18 años.
- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la compañera permanente (Fol. 568 C2)

De las pruebas aportadas no se desprende prueba suficiente para acreditar la calidad de compañera permanente de la señora Ricarda Granados en los términos del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, pues la única testigo no informa desde cuando conviven el actor y la señora Oliveros. Frente a la hija, se advierte que la *a quo* no reconoció este incremento, pero sí el de la cónyuge, por lo que al ser parcialmente favorable la decisión de primera no se ve beneficiado por el grado de consulta para analizar la prestación que no recurrió su apoderado.

31. **Fernando Jaimes Briceño**, pensionado mediante resolución No. 007680 del 27 de julio de 2007 del I.S.S. (Fol. 251 C1), quien reclama el incremento por 14% para su cónyuge Rosalba Uribe Caicedo y del 7% por su menor hijo Yeferson Geovanny Jaimes Uribe, aportando:

- -Acta de matrimonio No. 593189 (Fol. 608 C2)
- -Registro civil de nacimiento de Yeferson Geovanny Jaimes Uribe N° 27151945, nacida el 10 de marzo de 1998 (Fol. 619 C2)
- -Certificado de estudios expedido por Institución Educativa Pablo Correa León el 4 de febrero de 2011, informando que Yeferson Jaimes cursa el 7° grado.
- -Declaracion extrajuicio de la señora Carmen Alicia Vargas Contreras (Fol. 382 C1) que no acudió a ratificarla.
- -Declaración extrajuicio del señor Eduardo Cuero Salinas (Fol. 381 C1), quien manifestó al ratificar que conoce como vecino del Barrio Policarpa al señor Fernando Jaimes donde vive con su esposa, a quienes visita y por ello sabe que depende de él porque no trabaja.
- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la cónyuge (Fol. 574 C2)

El testigo que asiste manifiesta las circunstancias de hecho, lugar y tiempo por los que conoce a los actores, confiriendo elementos de convicción suficiente para acreditar la dependencia económica. Así mismo, se verifica que el hijo menor cumplió 16 años el 10 de marzo de 2014 sin acreditar estudios posteriores.

32. **Juan Rodolfo Báez Muñoz**, pensionado mediante resolución No. 101821 del 12 de mayo de 2011 del I.S.S. (Fol. 688 C1), quien reclama el incremento por 14% para su compañera permanente Ana Victoria Delgado y del 7% por su menor hija Laura Andreina Báez Delgado, aportando:

- -Registro civil de nacimiento de Laura Andreina Báez Delgado N° 27218663, nacida el 2 de diciembre de 1999 (Fol. 696 C3)
- -Certificado de estudios expedido por Instituto Técnico Mercedes Ábrego el 10 de mayo de 2012, informando que Laura Báez cursa el 7° grado.
- -Declaración extrajuicio del señor Saúl Armando Obregón (Fol. 690 C3) que manifestó al ratificar que conoce al señor Rodolfo hace 30 o 35 años, es pensionado y sostiene su hogar, donde vive la señora Ana Delgado.
- -Declaración extrajuicio de la señora Josefina Lizcano de Maldonado (Fol. 690 C3), manifestó en su ratificación que conoce a Juan Rodolfo hace 35 años, siendo fundadores del barrio; que vive con su esposa Ana victoria Delgado y con su pensión sostiene el hogar.
- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la compañera permanente e hijos (Fol. 695 C3)

De las pruebas aportadas no se desprende prueba suficiente para acreditar la calidad de compañera permanente de la señora Ana Victoria Delgado en los términos del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, debido a que la única testigo no informa desde cuando conviven el actor y la señora Delgado. Frente a la hija, se advierte que la menor cumplió 16 años el 2 de diciembre de 2015 y no aporto constancias de estudio de los años siguientes, por lo que habrá de revocarse el reconocimiento de la compañera y confirmarse la de la hija.

33. **Rudecindo Camacho Amaya**, pensionado mediante resolución No. 006690 del 27 de julio de 2009 del I.S.S. (Fol. 703 C3), reclama el incremento por 14% para su cónyuge Margarita Vilamarín de Camacho, conforme partida de matrimonio (Fol. 713 C3); para probar dependencia aporta las declaraciones extrajuicio de los señores Teresa Urrego y Luis Jesús Fernández (Fol. 347-348 C1), quienes no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiara (Fol. 712 C2) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

34. **Aleyra Rosa Caicedo López**, pensionada mediante resolución No. 104224 del 16 de diciembre de 2010 del I.S.S. (Fol. 734 C3), reclama el incremento por 14% para su cónyuge Jairo Enrique Maldonado, aportando:

- -Registro Civil de Matrimonio No. 05158105 (Fol. 743 C3)
- -Declaracion extrajuicio de Víctor Julio Pérez (Fol. 736 C3) que no acudió a ratificarla.
- -Declaración extrajuicio de la señora Ana del Carmen Reyes Martínez (Fol. 737 C3), manifestó al ratificarla que desde hace 30 años conoce a los señores Jairo Enrique y Aleyra Caicedo al llegar al Barrio Motilones, viven bajo el mismo techo y dependen de la pensión, ella vive en la casa del frente y da fe que el señor Jairo no trabaja porque hace 8 años tuvo un accidente de columna.

- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del cónyuge (Fol. 742 C3).

La testigo que asiste manifiesta las circunstancias de hecho, lugar y tiempo por los que conoce a los actores, confiriendo suficientes elementos de convicción para acreditar la dependencia económica.

35. **Luis Vicente Castro López**, pensionado mediante Resolución No. 006143 del 24 de noviembre de 2004 del I.S.S. (Fol. 747 C3), reclama el incremento por 14% para su compañera permanente Azucena Sanguino Navarro; para probar dependencia aporta las declaraciones extrajuicio de los señores Hernando Sanjuan Rincón y Orlando Alfonso Torres Torrado (Fol. 748 C3), no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiara (Fol. 753 C2) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

36. **Miguel Antonio Castro López**, pensionado mediante resolución No. 009362 del 25 de agosto de 2006 del I.S.S. (Fol. 757 C3), quien reclama el incremento por 14% para su cónyuge Rosalba Mora Ballesteros, aportando:

- -Registro Civil de Matrimonio No. 05254699 (Fol. 764 C3).
- -Declaración extrajuicio de Dilia Guerrero (Fol. 758 C3) que no acudió a ratificarla.
- -Declaración extrajuicio de la señora Rosa Elena Hernández Bonilla (Fol. 758 C3), manifestó en su ratificación que conoce al señor Miguel desde que trabajaban en el Club Casipec en Ocaña, vive con la señora Rosalba Mora y le consta porque viven a 3 casas de distancia, subsistiendo ambos de su pensión.
- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del cónyuge (Fol. 763 C3).

La testigo que asiste manifiesta las circunstancias de modo y lugar por los que conoce a los actores, confiriendo suficientes elementos de convicción para acreditar la dependencia económica actual de la cónyuge.

37. **Rosa Tulia Contreras Jaimes**, pensionada mediante resolución No. 003553 del 8 de junio 1993 del I.S.S. (Fol. 769 C3), quien reclama el incremento por 14% para su compañero permanente Miguel Antonio Daza Bautista; para probar dependencia aporta las declaraciones extrajuicio de los señores Edgar Orentes Urbina y Daniel Buenaño Flórez (Fol. 770-771 C3), quienes no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiaro (Fol. 776 C2) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

38. **José Helí Duarte Castillo**, pensionado según resolución No. 011144 del 27 de noviembre de 2008 del I.S.S. (Fol. 823 C3), quien reclama incremento del 14% por su compañera permanente Ana María Gallo y del 7% por su hija menor Lucena Silvana Duarte Espejo, aportando:

- -Registro civil de nacimiento No. 22130619 de Lucena Silvana Duarte Espejo nacida el 26 de diciembre de 1994 (Fol. 830).
- -Constancia expedida por Institución Educativa Colegio Pablo Correa León informando que Silvana Duarte cursa 7° grado en el año 2012.
- -Declaración extrajuicio rendida por Julián Cortes Peña (Fol. 825 C3) que manifestó al ratificar que conoce al señor José Helí desde hace

muño tiempo, viven frente a frente en el Municipio San Cayetano, con la señora Ana Gallo y tienen una niña de 18 años, dependiendo de la pensión que él recibe.

- -Testimonio de Pascual Velásquez manifestando que conoce al señor José Helí pues crecieron juntos en San Cayetano, que vive con su esposa María y mantiene el hogar con la pensión que recibe.
- - Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la compañera (Fol. 834 C3)

De las pruebas aportadas no se desprende prueba suficiente para acreditar la calidad de compañera permanente de la señora Ana María Gallo en los términos del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, ninguno de los testigos informa desde cuando conviven el actor y la señora Gallo. Frente a la hija, se advierte que la menor cumplió 16 años el 26 de diciembre de 2010 y aporta constancias de estudio de que en 2012 cursaba 7° grado, por lo que habrá de revocarse el reconocimiento de la compañera y confirmarse la de la hija.

39. **José Luis Gelvez Maldonado**, pensionado mediante Resolución No. 102515 del 15 de julio de 2010 del I.S.S. (Fol. 839 C3), reclama el incremento por 14% para su cónyuge Rosaura Mojica de Gelvez, aportando:

- -Registro Civil de Matrimonio (Fol. 844 C3)
- -Declaracion extrajuicio de Orlando Silva Lagos (Fol. 842 C3) que manifiesta al ratificar que conoce al señor Gelvez desde hace más de 30 años, que vive con su esposa Rosaura de Gelvez y ella depende económicamente de su pensión, lo que le consta porque son vecinos.
- -Declaración extrajuicio de la señora Betty Perdomo (Fol. 843 C3), quien manifestó en su ratificación que conoce al actor desde hace más de 30 años, que vive con su esposa Rosaura Mojica y dependen de su pensión, los conoce desde cuando era profesor y ahora está pensionado.
- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del cónyuge (Fol. 848 C3)

Los testigos son concordantes frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar por los que conocen al actor y su esposa, confiriendo suficientes elementos de convicción para acreditar la dependencia económica actual de la cónyuge.

40. **Alfonso Lizarazo Pérez**, pensionado mediante Resolución No. 100109 del 17 de enero de 2011 del I.S.S. (Fol. 852 C3), reclama el incremento por 14% para su compañera permanente Marilú Lizarazo Triana; para probar dependencia aporta las declaraciones extrajuicio de los señores José Miller Valdés Oliveros y Francisco Javier Garzón (Fol. 854-855 C3), quienes no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiara (Fol. 850 C2) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

41. **Niro Abraham Merlano Barbosa**, pensionado mediante resolución No. 101031 del 14 de marzo de 2011 del I.S.S. (Fol. 889 C3), reclama el incremento por 14% para su cónyuge María Edith Gallego Tabares, conforme partida de matrimonio No. 2854548 (Fol. 893 C3); para probar dependencia aporta las declaraciones extrajuicio de los señores Luis Alfonso Rincón Pabón y Teófilo Mayorca Buenaño (Fol.

891-892 C3), quienes no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiara (Fol. 897 C2) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

42. **Guillermo Orduz Durán**, pensionado mediante resolución No. 5378 del 24 de agosto de 2011 del I.S.S. (Fol. 915 C3), quien reclama el incremento por 14% para su cónyuge Leonor Ardila Ardila y del 7% por su hijo menor Breiner Alexis Orduz Ardila, aportando:

- -Partida de Matrimonio No. 05158235 (Fol. 920 C3)
- -Registro civil de nacimiento No. 26716006 (Fol. 924 C3) del menor Breiner Alexis Orduz Ardila nacido el 8 de febrero de 1997.
- -Constancia expedida por Institución Educativa Pablo Neruda el 15 de marzo de 2012 informando que el menor Breiner Orduz cursa 9° grado. (Fol. 926 C3)
- -Declaracion extrajuicio de Tibisay Zambrano Rodríguez (Fol. 918 C3) que no acudió a ratificarla.
- -Declaración extrajuicio de Wiston Castilla Galeano (Fol. 917 C3), quien manifestó que conoce al señor Guillermo desde hace 20 años, que convive con su esposa Leonor y mantiene el hogar, donde también vive su hijo.
- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del cónyuge (Fol. 929 C3)

El testigo que asiste manifiesta las circunstancias de modo, tiempo y lugar por los que conoce al actor y su esposa, confiriendo suficientes elementos de convicción para acreditar la dependencia económica actual de la cónyuge. Frente al hijo menor, no se acreditan estudios posteriores a los 16 años, por lo que percibirá el incremento hasta el 8 de febrero de 2013.

43. **Ana Francisca Rodríguez Mendez**, pensionada mediante resolución No. 000174 del 8 de enero de 1999 del I.S.S. (Fol. 934 C3), quien reclama el incremento por 14% para su compañero permanente Carlos Rafael Carrillo Anteliz, aportando:

- -Declaración extrajuicio de Jorge Eliécer Torres Camacho (Fol. 936 C3) que no acudió a ratificarla.
- -Declaración extrajuicio de la señora Aloina Gómez García (Fol. 935 C3), manifestó en su ratificación que conoce como vecina y compañera de trabajo desde hace 20 años a la actora, quien vive con el señor Carlos Carrillo y este no trabaja, por lo que su hogar depende de la pensión, pues ya el señor es de la tercera edad y está enfermo por lo que no le dan trabajo desde aproximadamente hace 5 años.
- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del cónyuge (Fol. 763 C3)

La testigo que asiste manifiesta las circunstancias de tiempo, modo y lugar por los que conoce a la actora, confiriendo suficientes elementos de convicción para acreditar la dependencia económica actual del cónyuge.

44. **Tomás de Aquino Santamaría Castillo**, pensionado mediante resolución No. 101281 del 12 de abril de 2011 del I.S.S. (Fol. 946-947 C3), quien reclama el incremento por 14% para su cónyuge Amparo Sierra Rubio, conforme partida de matrimonio No. 602089 (Fol. 950 C3); para probar dependencia aporta las declaraciones extrajuicio de los señores Horacio Yones Camargo y Audenago Rincón Suárez (Fol.

948-949 C3), quienes no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiara (Fol. 954 C3) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

45. **Jairo Torres Conde**, pensionado mediante resolución No. 103850 del 11 de agosto de 2011 del I.S.S. (Fol. 959 C3), quien reclama el incremento por 14% para su cónyuge Luz Stella Silva González y del 7% por sus hijos menores Maryelly Torres Silva y Andrés Felipe Torres Silva, aportando:

- -Partida de Matrimonio No. 549771 (Fol. 963 C3)
- -Registro civil de nacimiento No. 22518824 (Fol. 966 C3) de la menor Maryelly Torres Silva nacido el 2 de agosto de 1995.
- -Registro civil de nacimiento No. 35615429 (Fol. 968 C3) del menor Andrés Felipe Torres Silva nacido el 27 de diciembre de 2003.
- -Constancia expedida por Instituto Técnico Guaimaral el 17 de enero de 2012 informando que la menor Maryelly Torres Silva cursa 10° grado. (Fol. 972 C3)
- -Constancia expedida por Institución Educativa Colegio Oriental No. 26 el 21 de enero de 2012 informando que el menor Andrés Torres Silva cursa 3° grado. (Fol. 970 C3)
- -Declaración extrajuicio de Luis Alberto Nieto Olivares (Fol. 961 C3) que al ratificar explicó que conoce al señor Jairo desde hace más de 50 años, creciendo juntos como hijos de jubilados del Barrio Colpet, donde actualmente vive con su esposa y tres hijos, uno mayor de edad, quienes dependen de la pensión del actor.
- -Declaración extrajuicio de Edgar Rafael Quintero Monsalve (Fol. 962 C3), manifestó al ratificar que conoce al actor desde hace más de 50 años, siendo hijos de pensionados que vivían cerca y donde ahora reside con su esposa e hijos, quienes dependen de la pensión del actor pues la esposa se encarga del hogar.
- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del cónyuge (Fol. 973 C3)

Los testigos de manera concordante manifestaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las que conocen al actor y su esposa, confiriendo suficientes elementos de convicción para acreditar la dependencia económica actual de la cónyuge. Frente a los hijos, se advierte que la jueza *a quo,* no reconoció este incremento, pero sí el de la cónyuge, por lo que al ser parcialmente favorable la decisión de primera no se ve beneficiado por el grado de consulta para analizar la prestación que no recurrió su apoderado.

46. **Jorge Eliécer Villamizar**, pensionado mediante Resolución No. 3261 del 7 de julio de 2011 del I.S.S. (Fol. 1003 C3), reclama el incremento por 14% para su cónyuge Justina Vargas, conforme partida de matrimonio No. 349164 (Fol. 1007 C3); para probar dependencia aporta las declaraciones extrajuicio de los señores Rubén Darío Cabrera y Carmen Riscanebo de Cabrera (Fol. 1005-1006 C3), no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiara (Fol. 1012 C3) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

47. **Raúl Duarte Castillo**, pensionado mediante Resolución No. 100947 del 14 de marzo de 2011 del I.S.S. (Fol. 1016 C3), reclama el incremento por 14% para su cónyuge Luz Marina Velasco Carrascal

y del 7% por su hija menor Mónica Juliana Duarte Velasco, aportando:

- -Partida de Matrimonio No. 549965 (Fol. 1020 C4)
- -Registro civil de nacimiento No. 20642691 (Fol. 1024 C4) de la menor Mónica Juliana Duarte Velasco nacido el 7 de agosto de 1994.
- -Constancia expedida por Academia de Belleza Estilos Europeos informando que Mónica Duarte cursa carrera técnica de belleza y cosmetología general del 4 de mayo de 2012. (Fol. 1026 C3)
- -Declaraciones extrajuicio de Pascual Velásquez Cáceres y María Parra (Fol. 1018-1019 C4) que no acudieron a ratificarla.
- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del cónyuge (Fol. 1027 C4)

Los testigos no asisten a ratificar sus declaraciones, por lo que no es suficiente para acreditar la dependencia de la cónyuge, y se advierte que después de cumplir 16 años, la hija menor solo acredita estudios con un certificado que no detalla los períodos en que cursa la carrera técnica, siendo imposible suponer esta omisión y por ende se confirmará la negativa de ambas pretensiones.

48. **Libardo Jiménez**, pensionado mediante Resolución No. 8355 del 28 de diciembre de 2011 del I.S.S. (Fol. 1032 C4), reclama el incremento por 14% para su cónyuge Carmen Edilda Páez Trigos, aportando:

- -Registro Civil de Matrimonio No. 1684116 (Fol. 1037 C4)
- -Declaración extrajuicio de Silva Barrera (Fol. 1035 C4) que no acudió a ratificarla.
- -Declaración extrajuicio de José Francisco Rico (Fol. 1036 C4), quien manifestó en su ratificación que conoce desde hace 25 años al actor, que vive con su esposa Carmen Páez y mantiene el hogar con su pensión.
- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del cónyuge (Fol. 763 C3)

El testigo no da información alguna que permita establecer bajo qué circunstancias de modo y lugar conoce al actor o su esposa, siendo insuficiente para demostrar el requisito de dependencia.

49. **Ramón Martín Ortiz Morales**, pensionado mediante resolución No. 7531 del 16 de noviembre de 2011 del I.S.S. (Fol. 1074 C4), quien reclama el incremento por 14% para su compañera permanente Rosa Delia Viancha de Ortiz y del 7% por menor hijo no identificado, aportando:

- -Declaración extrajuicio de Celso Amado Calderón (Fol. 1077 C4) al ratificarla explicó que conoce desde hace 22 años al señor Ramón Ortiz, quien vive en el Barrio Cuberos con su esposa Rosa Viancha, manteniendo el hogar con su pensión.

- -Declaración extrajuicio de José Raúl Contreras Guerrero (Fol. 1078 C4), quien manifestó al ratificar que desde hace 32 años conoce al actor y desde entonces vive en la misma casa del Barrio Cuberos con su esposa Rosa Viancha, quien no trabaja y viven de su pensión.

- -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud del compañero (Fol. 1082 C4)

Los testigos de manera concordante manifestaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las que conocen al actor y su esposa, confiriendo suficientes elementos de convicción para acreditar la dependencia económica actual de la cónyuge.

50. **José Elías Silva**, pensionado mediante Resolución No. 079 del 11 de enero de 2011 del I.S.S. (Fol. 1087 C4), quien reclama el incremento por 14% para su compañera permanente María Myriam Lache, aportando:

    - -Declaracion extrajuicio de Carmen Alicia Mendoza Maldonado (Fol. 1090 C4) al ratificarla manifestó distinguir al actor desde hace más de 15 años, siendo vecinos y afirma que vive con la señora Myriam Lache, en unión libre, afirma que dependen de la pensión porque ella ya tiene 80 años y es asmática.

    - -Certificado de afiliación como beneficiario al sistema de salud de la compañera (Fol. 1095 C4)

La única testigo que asiste manifiesta las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las que conoce al actor, indicando de manera espontánea que de él depende su compañera permanente que vive junto a él desde que los conoce hace 15 años, acreditando los requisitos para el reconocimiento.

51. **Raúl Pérez Acosta**, pensionado mediante Resolución No. 11073 del 27 de noviembre de 2008 del I.S.S. (Fol. 1100 C4), reclama el incremento por 14% para su cónyuge Gladys Lizarazo Suárez, conforme partida de matrimonio No. 628917 (Fol. 1104 C4); para probar dependencia aporta las declaraciones extrajuicio de los señores Héctor Alfonso Martínez Fonseca y Eduardo Sarkis Galvis (Fol. 1102-1103 C4), quienes no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiara (Fol. 1108 C4) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

52. **Antonio María Sierra Berbesí**, pensionado mediante resolución No. 100773 del 15 de marzo de 2010 del I.S.S. (Fol. 1131 C4), reclama el incremento por 14% para su cónyuge Luz Marina Zapata de Sierra, conforme partida de matrimonio (Fol. 1134 C4); para probar dependencia aporta las declaraciones extrajuicio de los señores Gerardo Arturo Zapata Rueda y Armando Becerra Conde (Fol. 1132-1133 C4), no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiara (Fol. 1138 C4) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

53. **Ramón Antonio Galvis Villamizar**, pensionado mediante Resolución No. 104498 del 13 de octubre de 2012 del I.S.S. (Fol. 1143 C4), reclama el incremento por 14% para su compañera permanente Carmen Rosa Villamizar Uribe; para probar dependencia aporta las declaraciones extrajuicio de los señores Heliberto Pérez Escobar y Oscar Humberto García Carrillo (Fol. 1145-1146 C4), no acudieron a ratificarla; por lo que, con la mera afiliación en salud como beneficiara (Fol. 1150 C4) no se acredita el requisito para acceder a lo reclamado.

Del análisis expuesto, se deriva que al no haber demostrado debidamente el requisito de dependencia económica se revocará el reconocimiento que se realizó en primera instancia a los demandantes ANA MERCEDES DELGADO RAMÓN, MARÍA CRISTINA FIGUEROA DE USECHE, ROMULO AUGUSTO COLMENARES, LUIS ALBERTO PINZÓN RAMÓN, JOSÉ FROILÁN PARRA, MARCELINO PEÑA MARTÍNEZ, REINALDO VEGA ACERO, JOSÉ ALIRIO JURADO, JUAN DE DIOS BUSTOS, LUZ TERESA JAIMES ROLÓN, JORGE ERNESTO FERNÁNDEZ LÓPEZ y LIBARDO JIMÉNEZ, respecto de los cuáles se declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación.

De manera específica, se revocará el reconocimiento de ÁLVARO FAJARDO MORA, JUAN RODOLFO BÁEZ MUÑOZ y JOSÉ HELÍ DUARTE CASTILLO por el incremento de cónyuge, pero se mantendrá el de hijo a cargo.

Así mismo, se confirmará la absolución de la demandada respecto de los actores ÁLVARO OLIVEROS QUINTERO, EDDY MARTÍNEZ CAICEDO, ALFREDO ESTEBAN MEDINA, ADELA CALDERÓN, LUIS ABUIN GUERRERO PABÓN, RUDECINDO CAMACHO, LUIS VICENTE CASTRO LÓPEZ, ROSA TULIA CONTRERAS JAIMES, ALFONSO LIZARAZO PÉREZ, NIRO ABRAHAM MERLANO BARBOSA, TOMÁS DE AQUINO SANTAMARÍA CASTILLO, JORGE ELIÉCER VILLAMIZAR, RAÚL DUARTE CASTILLO, RAÚL PÉREZ ACOSTA, ANTONIO MARÍA SIERRA BERBESÍ y RAMÓN ANTONIO GALVIS VILLAMIZAR

7.3 Análisis del fenómeno de prescripción extintiva

Conforme a la tesis jurisprudencial acogida, se procederá a revisar la excepción propuesta de prescripción del derecho reclamado respecto de los 26 demandantes que acreditaron el requisito de convivencia, pues conforme al artículo 151 de Código Procesal del Trabajo, se tiene que la prescripción de la acción en los asuntos laborales, es de tres años contados a partir de que la obligación se haya hecho exigible; termino que podrá ser interrumpido por el simple reclamo que haga el trabajador, por una sola vez por un lapso igual. A su vez, el artículo 6 del C.P.T y de la S.S señala que la reclamación administrativa se entiende agotada cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta, es decir, a partir de ese momento se deberá interponer la acción judicial dentro de los 3 años siguientes para que la acción no se considere prescrita.

De otra parte, se mantendrá la orden de indexación para garantizar que se evita la pérdida de capacidad adquisitiva de la moneda, al no haberse recurrido la absolución por intereses de mora.

En el caso objeto de estudio, sobre cada uno de los demandantes que acreditaron la convivencia se advierte:

1.-La señora BLANCA STELLA ARAQUE DE LEAL accedió a su derecho desde el 1 de julio de 2009 mediante Resolución 006118 del 25 de junio de 2009 (Fol. 196 C1) de la que fue notificada el 29 de agosto de 2009, presentó su reclamación el 22 de junio de 2010 (Fol. 69) y la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que no tiene afectado su derecho.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su cónyuge desde el 1 de julio de 2009 que accedió al derecho pensional y por su hija menor entre el 1 de julio de 2009 al 15 de

diciembre de 2011, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $15.471.637, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 14%	No. Mesadas	Incremento 7%	No. Mesadas	Total
2009	$496.900	$69.566	7	$34.783	7	$ 730.443
2010	$515.000	$72.100	14	$36.050	14	$ 1.514.100
2011	$535.600	$74.984	14	$37.492	13,5	$ 1.555.918
2012	$566.700	$79.338	14	$39.669		$ 1.110.732
2013	$589.500	$82.530	14	$41.265		$ 1.155.420
2014	$616.000	$86.240	14	$43.120		$ 1.207.360
2015	$644.350	$90.209	14	$45.105		$ 1.262.926
2016	$689.455	$96.524	14	$48.262		$ 1.351.332
2017	$737.717	$103.280	14	$51.640		$ 1.445.925
2018	$781.242	$109.374	14	$54.687		$ 1.531.234
2019	$828.116	$115.936	14	$57.968		$ 1.623.107
2020	$877.803	$122.892	8	$61.446		$ 983.139
					TOTAL	$ 15.471.637

2.-El señor PEDRO JOSÉ ESTUPIÑÁN accedió a su derecho desde el 1 de diciembre de 2008 mediante Resolución 003064 del 26 de marzo de 2009 (Fol. 208 C1) de la que fue notificada el 11 de junio de 2009, presentó su reclamación el 19 de julio de 2010 (Fol. 89) y la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que no tiene afectado su derecho.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su cónyuge desde el 1 de diciembre de 2008 que accedió al derecho pensional, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $14.779.224, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 14%	No. Mesadas	Total
2008	$ 461.500	$ 64.610	1,16	$ 74.948
2009	$ 496.900	$ 69.566	14	$ 973.924
2010	$ 515.000	$ 72.100	14	$ 1.009.400
2011	$ 535.600	$ 74.984	14	$ 1.049.776
2012	$ 566.700	$ 79.338	14	$ 1.110.732
2013	$ 589.500	$ 82.530	14	$ 1.155.420
2014	$ 616.000	$ 86.240	14	$ 1.207.360
2015	$ 644.350	$ 90.209	14	$ 1.262.926
2016	$ 689.455	$ 96.524	14	$ 1.351.332
2017	$ 737.717	$ 103.280	14	$ 1.445.925
2018	$ 781.242	$ 109.374	14	$ 1.531.234
2019	$ 828.116	$ 115.936	14	$ 1.623.107
2020	$ 877.803	$ 122.892	8	$ 983.139
			TOTAL	$ 14.779.224

3. El señor JAIME ENRIQUE GALINDO accedió a su derecho desde el 1 de junio de 2004 mediante Resolución 000426 del 21 de mayo de 2004 (Fol. 209 C1) de la que fue notificada el 21 de mayo de 2004, presentó su reclamación el 22 de junio de 2010 (Fol. 93) y la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que ya habían transcurrido más de 3 años cuando se reclamó y por ende, ya estaba extinguido el derecho reclamado.

4. El señor LUIS FELIPE ROMERO accedió a su derecho desde el 1 de diciembre de 2007 mediante Resolución 0012507 del 27 de noviembre de 2007 (Fol. 212 C1) de la que fue notificado el 4 de febrero de 2008, presentó su reclamación el 18 de mayo de 2010 (Fol. 101) y la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que no transcurrieron 3 años entre notificación y reclamación, ni entre esta y la demanda.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su cónyuge desde el 1 de diciembre de 2007 que accedió al derecho pensional, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $15.608.816, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 14%	No. Mesadas	Total
2007	$ 433.700	$ 60.718	1,16	$ 70.433
2008	$ 461.500	$ 64.610	14	$ 904.540
2009	$ 496.900	$ 69.566	14	$ 973.924
2010	$ 515.000	$ 72.100	14	$ 1.009.400
2011	$ 535.600	$ 74.984	14	$ 1.049.776
2012	$ 566.700	$ 79.338	14	$ 1.110.732
2013	$ 589.500	$ 82.530	14	$ 1.155.420
2014	$ 616.000	$ 86.240	14	$ 1.207.360
2015	$ 644.350	$ 90.209	14	$ 1.262.926
2016	$ 689.455	$ 96.524	14	$ 1.351.332
2017	$ 737.717	$ 103.280	14	$ 1.445.925
2018	$ 781.242	$ 109.374	14	$ 1.531.234
2019	$ 828.116	$ 115.936	14	$ 1.623.107
2020	$ 877.803	$ 122.892	8	$ 983.139
			TOTAL	$ 15.608.816

5. El señor HERMES RUBIO RANGEL accedió a su derecho desde el 3 de junio de 2004 mediante Resolución 005588 del 27 de junio de 2006 (Fol. 213 C1), presentó su reclamación el 18 de julio de 2010 (Fol. 105) y la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que ya habían transcurrido más de 3 años cuando se reclamó y por ende, ya estaba extinguido el derecho reclamado.

6. La señora CARMEN ROSA MENDOZA DE GÓMEZ accedió a su derecho desde el 1 de marzo de 2010 mediante Resolución No. 100991 del 15 de marzo de 2010 (Fol. 217 C1), presentó su reclamación el 2 de diciembre de 2010 (Fol. 117 C1) y radicó la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que no transcurrieron 3 años entre notificación y reclamación, ni entre esta y la demanda.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su cónyuge desde el 1 de marzo de 2010 que accedió al derecho pensional, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $13.561.638, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 14%	No. Mesadas	Total
2010	$ 515.000	$ 72.100	11,66	$ 840.686
2011	$ 535.600	$ 74.984	14	$ 1.049.776
2012	$ 566.700	$ 79.338	14	$ 1.110.732

2013	$ 589.500	$ 82.530	14	$ 1.155.420
2014	$ 616.000	$ 86.240	14	$ 1.207.360
2015	$ 644.350	$ 90.209	14	$ 1.262.926
2016	$ 689.455	$ 96.524	14	$ 1.351.332
2017	$ 737.717	$ 103.280	14	$ 1.445.925
2018	$ 781.242	$ 109.374	14	$ 1.531.234
2019	$ 828.116	$ 115.936	14	$ 1.623.107
2020	$ 877.803	$ 122.892	8	$ 983.139
			TOTAL	$ 13.561.638

8. El señor TOBÍAS MERCHÁN ORTIZ accedió a su derecho desde el 1 de agosto de 2007 mediante Resolución 007898 del 27 de julio de 2007 (Fol. 221 C1), presentó su reclamación el 2 de diciembre de 2010 (Fol. 125) y la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que ya habían transcurrido más de 3 años cuando se reclamó y por ende, ya estaba extinguido el derecho reclamado.

9. La señora CONCEPCIÓN JIMÉNEZ CARRILLO accedió a su derecho desde el 1 de abril de 2009 mediante Resolución No. 2920 del 26 de marzo de 2009 (Fol. 223 C1) y fue notificada el 8 de junio de 2009, presentó su reclamación el 18 de mayo de 2010 (Fol. 133 C1) y radicó la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que no transcurrieron 3 años entre notificación y reclamación, ni entre esta y la demanda.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su cónyuge desde el 1 de abril de 2009 que accedió al derecho pensional, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $14.460.795, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	**Pensión mínima**	**Incremento 14%**	**No. Mesadas**	**Total**
2009	$ 496.900	$ 69.566	10,5	$ 730.443
2010	$ 515.000	$ 72.100	14	$ 1.009.400
2011	$ 535.600	$ 74.984	14	$ 1.049.776
2012	$ 566.700	$ 79.338	14	$ 1.110.732
2013	$ 589.500	$ 82.530	14	$ 1.155.420
2014	$ 616.000	$ 86.240	14	$ 1.207.360
2015	$ 644.350	$ 90.209	14	$ 1.262.926
2016	$ 689.455	$ 96.524	14	$ 1.351.332
2017	$ 737.717	$ 103.280	14	$ 1.445.925
2018	$ 781.242	$ 109.374	14	$ 1.531.234
2019	$ 828.116	$ 115.936	14	$ 1.623.107
2020	$ 877.803	$ 122.892	8	$ 983.139
			TOTAL	$ 14.460.795

10. El señor FRANCISCO ANTONIO CÁRDENAS accedió a su derecho desde el 1 de agosto de 2009 mediante resolución No. 001799 del 28 de julio de 2009 (Fol. 229 C1) y fue notificada el 31 de agosto de 2009, presentó su reclamación el 18 de mayo de 2010 (Fol. 133 C1) y radicó la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que no transcurrieron 3 años entre notificación y reclamación, ni entre esta y la demanda.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su cónyuge desde el 1 de agosto de 2009 que accedió al derecho pensional, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $14.135.922, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 14%	No. Mesadas	Total
2009	$ 496.900	$ 69.566	5,83	$ 405.570
2010	$ 515.000	$ 72.100	14	$ 1.009.400
2011	$ 535.600	$ 74.984	14	$ 1.049.776
2012	$ 566.700	$ 79.338	14	$ 1.110.732
2013	$ 589.500	$ 82.530	14	$ 1.155.420
2014	$ 616.000	$ 86.240	14	$ 1.207.360
2015	$ 644.350	$ 90.209	14	$ 1.262.926
2016	$ 689.455	$ 96.524	14	$ 1.351.332
2017	$ 737.717	$ 103.280	14	$ 1.445.925
2018	$ 781.242	$ 109.374	14	$ 1.531.234
2019	$ 828.116	$ 115.936	14	$ 1.623.107
2020	$ 877.803	$ 122.892	8	$ 983.139
			TOTAL	$ 14.135.922

11. El señor ALFONSO SILVA ALVARADO accedió a su derecho desde el 1 de septiembre de 1999 mediante Resolución 001578 del 19 de abril de 2000 (Fol. 221 C1) que le fue notificada el 31 de mayo de 2000, presentó su reclamación el 19 de julio de 2010 (Fol. 157) y la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que ya habían transcurrido más de 3 años cuando se reclamó y por ende, ya estaba extinguido el derecho reclamado.

12. El señor JORGE SILVA ALVARADO accedió a su derecho desde el 1 de abril de 2006 mediante Resolución 009088 del 25 de agosto de 2006 (Fol. 231 C1) que le fue notificada el 29 de septiembre de 2006, presentó su reclamación el 10 de julio de 2010 (Fol. 161) y la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que ya habían transcurrido más de 3 años cuando se reclamó y por ende, ya estaba extinguido el derecho reclamado.

13. El señor LUIS OLINTO GAITÁN accedió a su derecho desde el 17 de agosto de 1992 mediante Resolución 007335 del 2 de octubre de 1993 (Fol. 236 C1) que le fue notificada el 29 de noviembre de 1993, presentó su reclamación el 9 de marzo de 2011 (Fol. 169) y la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que ya habían transcurrido más de 3 años cuando se reclamó y, por ende, ya estaba extinguido el derecho reclamado.

14. El señor JUAN JOSÉ SAENZ CÁRDENAS accedió a su derecho desde el 31 de marzo de 2010 mediante resolución No. 102969 del 12 de agosto de 2010 (Fol. 237 C1) y fue notificada el 8 de septiembre de 2010, presentó su reclamación el 15 de marzo de 2011 (Fol. 171 C1) y radicó la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que no transcurrieron 3 años entre notificación y reclamación, ni entre esta y la demanda.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su cónyuge desde el 31 de marzo de 2010 que accedió al derecho pensional, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $13.480.165, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 14%	No. Mesadas	Total
2010	$ 515.000	$ 72.100	10,53	$ 759.213
2011	$ 535.600	$ 74.984	14	$ 1.049.776
2012	$ 566.700	$ 79.338	14	$ 1.110.732
2013	$ 589.500	$ 82.530	14	$ 1.155.420
2014	$ 616.000	$ 86.240	14	$ 1.207.360
2015	$ 644.350	$ 90.209	14	$ 1.262.926
2016	$ 689.455	$ 96.524	14	$ 1.351.332
2017	$ 737.717	$ 103.280	14	$ 1.445.925
2018	$ 781.242	$ 109.374	14	$ 1.531.234
2019	$ 828.116	$ 115.936	14	$ 1.623.107
2020	$ 877.803	$ 122.892	8	$ 983.139
			TOTAL	$ 13.480.165

15. El señor GILBERTO NAVARRO accedió a su derecho desde el 1 de agosto de 2001 mediante Resolución 000295 del 24 de abril de 2002 (Fol. 239 C1), presentó su reclamación el 10 de marzo de 2011 (Fol. 173) y la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que ya habían transcurrido más de 3 años cuando se reclamó y, por ende, ya estaba extinguido el derecho reclamado.

16. El señor ÁLVARO FAJARDO MORA accedió a su derecho desde el 1 de agosto de 2007 mediante Resolución No. 0077889 del 27 de julio de 2007 (Fol. 240-241 C1) y fue notificada el 2 de octubre de 2007, presentó su reclamación el 27 de mayo de 2010 (Fol. 177 C1) y radicó la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que transcurrieron apenas 2 años y 7 meses entre notificación y reclamación, y menos de 2 años entre esta y la demanda.

En consecuencia, se revocará parcialmente la absolución, disponiendo su reconocimiento solo respecto de los hijos menores y se ordenará el pago de los incrementos por hijos menores por José Carlos Fajardo desde el 1 de agosto de 2007 al 8 de junio de 2015 y por Álvaro Stiven Fajardo desde el 4 de abril de 2009 hasta que cumpla la edad límite, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $11.208.290, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 7%	Incremento 7%	Mesadas 1	Mesadas 2	Total
2007	$ 433.700	$30.359	$30.359	5,83	0	$ 176.993
2008	$ 461.500	$32.305	$32.305	14	0	$ 452.270
2009	$ 496.900	$34.783	$34.783	14	10,38	$ 848.010
2010	$ 515.000	$36.050	$36.050	14	14	$ 1.009.400
2011	$ 535.600	$37.492	$37.492	14	14	$ 1.049.776
2012	$ 566.700	$39.669	$39.669	14	14	$ 1.110.732
2013	$ 589.500	$41.265	$41.265	14	14	$ 1.155.420

2014	$ 616.000	$43.120	$43.120	14	14	$ 1.207.360
2015	$ 644.350	$45.105	$45.105	6,13	14	$ 907.954
2016	$ 689.455	$48.262	$48.262	0	14	$ 675.666
2017	$ 737.717	$51.640	$51.640	0	14	$ 722.963
2018	$ 781.242	$54.687	$54.687	0	14	$ 765.617
2019	$ 828.116	$57.968	$57.968	0	14	$ 811.554
2020	$ 877.803	$61.446	$61.446	0	8	$ 491.570
					TOTAL	$ 11.208.290

17. El señor FERNANDO JAIMES BRICEÑO accedió a su derecho desde el 16 de mayo de 2003 mediante resolución 007680 del 27 de julio de 2007 (Fol. 251 C1) notificada el 21 de septiembre de 2007, si bien presentó reclamación no tiene sello de recibido de la entidad a la que se dirige y solo se aprecia una firma con fecha incompleta, siendo esta una prueba insuficiente, radicando la demanda el 23 de marzo de 2012 (Fol. 675); por lo que ya habían transcurrido más de 3 años cuando se demandó, para cuando ya estaba extinguido el derecho reclamado.

18. El señor JUAN RODOLFO BÁEZ MUÑOZ accedió a su derecho desde el 1 de abril de 2011 mediante Resolución No. 101821 del 12 de mayo de 2011 (Fol. 688 C3) y fue notificada el 28 de junio de 2011, presentó su reclamación el 23 de agosto de 2011 (Fol. 686 C3) y radicó la demanda el 10 de agosto de 2012 (Fol. 1226 C4); por lo que no transcurrieron 3 años entre notificación y reclamación, ni entre esta y la demanda.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su hija menor entre el 1 de abril de 2011 y el 2 de diciembre de 2015 que cumplió 16 años, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $2.712.270, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	**Pensión mínima**	**Incremento 7%**	**No. Mesadas**	**Total**
2011	$ 535.600	$ 37.492	10,5	$ 393.666
2012	$ 566.700	$ 39.669	14	$ 555.366
2013	$ 589.500	$ 41.265	14	$ 577.710
2014	$ 616.000	$ 43.120	14	$ 603.680
2015	$ 644.350	$ 45.105	12,9	$ 581.848
			TOTAL	$ 2.712.270

19. La señora ALEYRA ROSA CAICEDO LÓPEZ accedió a su derecho desde el 1 de diciembre de 2010 mediante resolución No. 104224 del 16 de diciembre de 2010 (Fol. 734 C3) y fue notificada el 12 de enero de 2011, presentó su reclamación el 21 de octubre de 2011 (Fol. 731 C1) y radicó la demanda el 10 de agosto de 2012 (Fol. 1226); por lo que no transcurrieron 3 años entre notificación y reclamación, ni entre esta y la demanda.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su cónyuge desde el 1 de diciembre de 2010 que accedió al derecho pensional, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia

asciende a $12.804.588, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 14%	No. Mesadas	Total
2010	$ 515.000	$ 72.100	1,16	$ 83.636
2011	$ 535.600	$ 74.984	14	$ 1.049.776
2012	$ 566.700	$ 79.338	14	$ 1.110.732
2013	$ 589.500	$ 82.530	14	$ 1.155.420
2014	$ 616.000	$ 86.240	14	$ 1.207.360
2015	$ 644.350	$ 90.209	14	$ 1.262.926
2016	$ 689.455	$ 96.524	14	$ 1.351.332
2017	$ 737.717	$ 103.280	14	$ 1.445.925
2018	$ 781.242	$ 109.374	14	$ 1.531.234
2019	$ 828.116	$ 115.936	14	$ 1.623.107
2020	$ 877.803	$ 122.892	8	$ 983.139
			TOTAL	$ 12.804.588

20. El señor MIGUEL ANTONIO CASTRO LÓPEZ accedió a su derecho desde el 20 de marzo de 2006 mediante Resolución 009362 del 25 de agosto de 2006 (Fol. 757 C3), presentó su reclamación el 26 de abril de 2012 (Fol. 755) y radicó la demanda el 10 de agosto de 2012 (Fol. 1226); por lo que ya habían transcurrido más de 3 años cuando se reclamó, para cuando ya estaba extinguido el derecho reclamado.

21. El señor JOSÉ HELÍ DUARTE CASTILLO accedió a su derecho desde el 1 de diciembre de 2008 mediante Resolución No. 011144 del 27 de noviembre de 2008 (Fol. 823 C3) y fue notificado el 11 de febrero de 2009, presentó su reclamación el 23 de agosto de 2011 (Fol. 821 C3) y radicó la demanda el 10 de agosto de 2012 (Fol. 1226 C4); por lo que no transcurrieron 3 años entre notificación y reclamación, ni entre esta y la demanda.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su hija menor entre el 1 de diciembre de 2008 hasta que cumplió 18 años por acreditar estudios hasta entonces, el 26 de diciembre de 2012, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $2.102.646, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 7%	No. Mesadas	Total
2008	$ 461.500	$ 32.305	1,16	$ 37.474
2009	$ 496.900	$ 34.783	14	$ 486.962
2010	$ 515.000	$ 36.050	14	$ 504.700
2011	$ 535.600	$ 37.492	14	$ 524.888
2012	$ 566.700	$ 39.669	13,83	$ 548.622
			TOTAL	$ 2.102.646

22. El señor JOSÉ LUIS GELVEZ MALDONADO accedió a su derecho desde el 22 de diciembre de 2008 mediante Resolución No. 102515 del 15 de julio de 2010 (Fol. 839 C3), presentó su reclamación el 8 de marzo de 2012 (Fol. 836 C3) y radicó la demanda el 10 de agosto de

2012 (Fol. 1226); por lo que no transcurrieron 3 años entre notificación y reclamación, ni entre esta y la demanda.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su cónyuge desde el 22 de diciembre de 2008 que accedió al derecho pensional, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $14.726.890, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 14%	No. Mesadas	Total
2008	$ 461.500	$ 64.610	0,35	$ 22.614
2009	$ 496.900	$ 69.566	14	$ 973.924
2010	$ 515.000	$ 72.100	14	$ 1.009.400
2011	$ 535.600	$ 74.984	14	$ 1.049.776
2012	$ 566.700	$ 79.338	14	$ 1.110.732
2013	$ 589.500	$ 82.530	14	$ 1.155.420
2014	$ 616.000	$ 86.240	14	$ 1.207.360
2015	$ 644.350	$ 90.209	14	$ 1.262.926
2016	$ 689.455	$ 96.524	14	$ 1.351.332
2017	$ 737.717	$ 103.280	14	$ 1.445.925
2018	$ 781.242	$ 109.374	14	$ 1.531.234
2019	$ 828.116	$ 115.936	14	$ 1.623.107
2020	$ 877.803	$ 122.892	8	$ 983.139
			TOTAL	$ 14.726.890

23. El señor GUILLERMO ORDUZ DURÁN accedió a su derecho desde el 1 de septiembre de 2011 mediante resolución 5378 del 24 de agosto de 2011 (Fol. 915 C3) de la que fue notificado el 29 de septiembre de 2011, presentó su reclamación el 21 de octubre de 2011 (Fol. 912) y la demanda el 10 de agosto de 2012 (Fol. 1226); por lo que no tiene afectado su derecho.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su cónyuge desde el 1 de septiembre de 2011 que accedió al derecho pensional y por su hijo menor entre el 1 de septiembre de 2011 al 8 de febrero de 2013, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $11.431.883, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 14%	No. Mesadas	Incremento 7%	No. Mesadas	Total
2011	$ 535.600	$ 74.984	4,66	$ 37.492	4,66	$ 524.138
2012	$ 566.700	$ 79.338	13	$ 39.669	13	$ 1.031.394
2013	$ 589.500	$ 82.530	13	$ 41.265	1,26	$ 1.072.890
2014	$ 616.000	$ 86.240	13	$ 43.120		$ 1.121.120
2015	$ 644.350	$ 90.209	13	$ 45.105		$ 1.172.717
2016	$ 689.455	$ 96.524	13	$ 48.262		$ 1.254.808
2017	$ 737.717	$ 103.280	13	$ 51.640		$ 1.342.645
2018	$ 781.242	$ 109.374	13	$ 54.687		$ 1.421.860
2019	$ 828.116	$ 115.936	13	$ 57.968		$ 1.507.171
2020	$ 877.803	$ 122.892	8	$ 61.446		$ 983.139
					TOTAL	$ 11.431.883

24. La señora ANA FRANCISCA RODRÍGUEZ MENDEZ accedió a su derecho desde el 1 de febrero de 1999 mediante Resolución 000174 del 8 de enero de 1999 (Fol. 934 C3) de la que fue notificada el 26 de febrero de 1999, presentó su reclamación el 21 de octubre de 2011 (Fol. 931) y radicó la demanda el 10 de agosto de 2012 (Fol. 1226); por lo que ya habían transcurrido más de 3 años cuando se reclamó, para cuando ya estaba extinguido el derecho reclamado.

25. El señor JAIRO TORRES CONDE accedió a su derecho desde el 15 de abril de 2011 mediante Resolución No. 103850 del 11 de agosto de 2011 (Fol. 959 C3) y fue notificado el 15 de septiembre de 2011, presentó su reclamación el 8 de marzo de 2012 (Fol. 956 C3) y radicó la demanda el 10 de agosto de 2012 (Fol. 1226 C4); por lo que no transcurrieron 3 años entre notificación y reclamación, ni entre esta y la demanda.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su cónyuge desde el 15 de abril de 2011 que accedió al derecho pensional, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $12.414.268, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 14%	No. Mesadas	Total
2011	$ 535.600	$ 74.984	9,91	$ 743.091
2012	$ 566.700	$ 79.338	14	$ 1.110.732
2013	$ 589.500	$ 82.530	14	$ 1.155.420
2014	$ 616.000	$ 86.240	14	$ 1.207.360
2015	$ 644.350	$ 90.209	14	$ 1.262.926
2016	$ 689.455	$ 96.524	14	$ 1.351.332
2017	$ 737.717	$ 103.280	14	$ 1.445.925
2018	$ 781.242	$ 109.374	14	$ 1.531.234
2019	$ 828.116	$ 115.936	14	$ 1.623.107
2020	$ 877.803	$ 122.892	8	$ 983.139
			TOTAL	$ 12.414.268

26. El señor RAMÓN MARTÍN ORTÍZ MORALES accedió a su derecho desde el 12 de noviembre de 2010 mediante Resolución No. 7531 del 16 de noviembre de 2011 (Fol. 1074 C4) y fue notificado el 30 de diciembre de 2011, presentó su reclamación el 22 de marzo de 2012 (Fol. 1071 C4) y radicó la demanda el 10 de agosto de 2012 (Fol. 1226); por lo que no transcurrieron 3 años entre notificación y reclamación, ni entre esta y la demanda.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su cónyuge desde el 12 noviembre de 2010 que accedió al derecho pensional, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $12.855.058, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 14%	No. Mesadas	Total
2010	$ 515.000	$ 72.100	1,86	$ 134.106
2011	$ 535.600	$ 74.984	14	$ 1.049.776
2012	$ 566.700	$ 79.338	14	$ 1.110.732

2013	$ 589.500	$ 82.530	14	$ 1.155.420
2014	$ 616.000	$ 86.240	14	$ 1.207.360
2015	$ 644.350	$ 90.209	14	$ 1.262.926
2016	$ 689.455	$ 96.524	14	$ 1.351.332
2017	$ 737.717	$ 103.280	14	$ 1.445.925
2018	$ 781.242	$ 109.374	14	$ 1.531.234
2019	$ 828.116	$ 115.936	14	$ 1.623.107
2020	$ 877.803	$ 122.892	8	$ 983.139
			TOTAL	$ 12.855.058

27. El señor JOSÉ ELÍAS SILVA accedió a su derecho desde el 1 de agosto de 2010 mediante Resolución No. 079 del 11 de enero de 2011 (Fol. 1087 C4) y fue notificado el 27 de enero de 2011, presentó su reclamación el 21 de octubre de 2011 (Fol. 1084 C4) y radicó la demanda el 10 de agosto de 2012 (Fol. 1226); por lo que no transcurrieron 3 años entre notificación y reclamación, ni entre esta y la demanda.

En consecuencia, se confirmará su reconocimiento y se ordenará el pago de los incrementos por su cónyuge desde el 1 de agosto de 2010 que accedió al derecho pensional, cuyo retroactivo a la fecha de esta providencia asciende a $13.141.295, sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

Año	Pensión mínima	Incremento 14%	No. Mesadas	Total
2010	$ 515.000	$ 72.100	5.83	$ 420.343
2011	$ 535.600	$ 74.984	14	$ 1.049.776
2012	$ 566.700	$ 79.338	14	$ 1.110.732
2013	$ 589.500	$ 82.530	14	$ 1.155.420
2014	$ 616.000	$ 86.240	14	$ 1.207.360
2015	$ 644.350	$ 90.209	14	$ 1.262.926
2016	$ 689.455	$ 96.524	14	$ 1.351.332
2017	$ 737.717	$ 103.280	14	$ 1.445.925
2018	$ 781.242	$ 109.374	14	$ 1.531.234
2019	$ 828.116	$ 115.936	14	$ 1.623.107
2020	$ 877.803	$ 122.892	8	$ 983.139
			TOTAL	$ 13.141.295

En virtud de lo expuesto, se revocará el reconocimiento de los demandantes JAIME ENRIQUE GALINDO, HERMES RUBIO RANGEL, TOBÍAS MERCHÁN ORTIZ, ALFONSO SILVA ALVARADO, JORGE SILVA ALVARADO, LUIS OLINTO GAITÁN, GILBERTO NAVARRO, FERNANDO JAIMES BRICEÑO, MIGUEL ANTONIO CASTRO LÓPEZ y ANA FRANCISCA RODRÍGUEZ MENDEZ; y en su lugar se declarará la prescripción del derecho reclamado.

Así las cosas, se confirmará exclusivamente el reconocimiento de 16 demandantes: BLANCA STELLA ARAQUE DE LEAL, PEDRO JOSÉ ESTUPIÑÁN, LUIS FELIPE ROMERO, CARMEN ROSA MENDOZA DE GÓMEZ, CONCEPCIÓN JIMÉNEZ CARRILLO, FRANCISCO ANTONIO CÁRDENAS, JUAN JOSÉ SAENZ CÁRDENAS, ÁLVARO FAJARDO MORA, JUAN RODOLFO BÁEZ MUÑOZ, ALEYRA ROSA CAICEDO LÓPEZ, JOSÉ HELÍ DUARTE CASTILLO, JOSÉ LUIS GELVEZ MALDONADO, GUILLERMO ORDUZ DURÁN, JAIRO TORRES CONDE, RAMÓN MARTÍN ORTÍZ

MORALES y JOSÉ ELÍAS SILVA, respecto de los cuáles se adicionará a la sentencia impugnada y en consulta el retroactivo liquidado.

Finalmente, se impondrán las siguientes condenas en costas: De ambas instancias, respecto de los demandantes a quienes se revocó el reconocimiento y sobre ellos se fijará medio salario mínimo mensual legal vigente por agencias en derecho de segunda instancia a favor de Colpensiones; y se impondrán costas de segunda instancia respecto de los demandantes que interpusieron apelación y se confirmó la absolución, fijando medio salario mínimo mensual legal vigente por agencias en derecho de segunda instancia a favor de Colpensiones.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar parcialmente el numeral primero y segundo de la sentencia del 15 de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en lo referente a la orden de pago de los incrementos por cónyuge o hijo a cargo desde la causación del derecho pensional, adicionando el valor en concreto del retroactivo causado a la fecha de esta providencia, respecto de los siguientes demandantes:

-BLANCA STELLA ARAQUE DE LEAL, en la suma de $15.471.637, por incrementos causados a partir del 1 de julio de 2009 por cónyuge y entre el 1 de julio de 2009 al 15 de diciembre de 2011 por hijo a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-PEDRO JOSÉ ESTUPIÑÁN, en la suma de $14.779.224, por incrementos causados a partir del 1 de diciembre de 2008 por cónyuge a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-LUIS FELIPE ROMERO, en la suma de $15.608.816, por incrementos causados a partir del 1 de diciembre de 2007 por cónyuge a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-CARMEN ROSA MENDOZA DE GÓMEZ, en la suma de $13.561.638, por incrementos causados a partir del 1 de marzo de 2010 por cónyuge a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-CONCEPCIÓN JIMÉNEZ CARRILLO, en la suma de $14.460.795, por incrementos causados a partir del 1 de abril de 2009 por cónyuge a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-FRANCISCO ANTONIO CÁRDENAS, en la suma de $14.135.922, por incrementos causados a partir del 1 de agosto de 2009 por cónyuge a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-JUAN JOSÉ SAENZ CÁRDENAS, en la suma de $13.480.165, por incrementos causados a partir del 31 de marzo de 2010 por cónyuge a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-ÁLVARO FAJARDO MORA, en la suma de $11.208.290, por incrementos causados a partir del 1 de agosto de 2007 al 8 de junio de 2015 por hijo José Carlos Fajardo y del 4 de abril de 2009 por hijo Álvaro Stiven Fajardo hasta que cumpla la edad límite, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-JUAN RODOLFO BÁEZ MUÑOZ, en la suma de $2.712.270, por incrementos causados entre el 1 de abril de 2011 al 2 de diciembre de 2015 por hija a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-ALEYRA ROSA CAICEDO LÓPEZ, en la suma de $12.804.588, por incrementos causados a partir del 1 de diciembre de 2010 por cónyuge a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-JOSÉ HELÍ DUARTE CASTILLO, en la suma de $2.102.646, por incrementos causados entre el 1 de diciembre de 2008 al 26 de diciembre de 2012 por hija a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-JOSÉ LUIS GELVEZ MALDONADO, en la suma de $14.726.890, por incrementos causados a partir del 22 de diciembre de 2008 por cónyuge a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-GUILLERMO ORDUZ DURÁN, en la suma de $11.431.883, por incrementos causados a partir del 1 de septiembre de 2011 por cónyuge a cargo y por hijo menor a cargo entre el 1 de septiembre de 2011 al 8 de febrero de 2013, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-JAIRO TORRES CONDE, en la suma de $12.414.268, por incrementos causados a partir del 15 de abril de 2011 por cónyuge a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-RAMÓN MARTÍN ORTÍZ MORALES, en la suma de $12.855.058, por incrementos causados a partir del 12 de noviembre de 2010 por cónyuge a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

-JOSÉ ELÍAS SILVA, en la suma de $13.141.295, por incrementos causados a partir del 1 de agosto de 2010 por cónyuge a cargo, liquidados a la fecha sin perjuicio de la indexación causada a la fecha de pago.

SEGUNDO: Revocar el numeral cuarto de la providencia impugnada y en consulta respecto de los señores SAÚL LEÓN, FREDDY MARTÍNEZ, JOSÉ ADOLFO ROJAS, JOSÉ ISAAC CÁCERES MEZA y JOSÉ REINALDO MARULANDA CÓRDOBA, en su lugar abstenerse de pronunciarse sobre los mismos por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Revocar los numerales primero y segundo de la providencia impugnada y en consulta frente al incremento reconocido a los señores JOSÉ NATIVIDAD MANCILLA, HIPÓLITO PEÑARANDA HERNÁNDEZ, JULIO ROQUE COTE MEAURY, JESÚS RICARDO CUELLAR FORNES, ANA MERCEDES DELGADO RAMÓN, MARÍA CRISTINA FIGUEROA DE USECHE, ROMULO AUGUSTO COLMENARES, LUIS ALBERTO PINZÓN RAMÓN, JOSÉ FROILÁN PARRA, MARCELINO PEÑA MARTÍNEZ, REINALDO VEGA ACERO, JOSÉ ALIRIO JURADO, JUAN DE DIOS BUSTOS, LUZ TERESA JAIMES ROLÓN, JORGE ERNESTO FERNÁNDEZ LÓPEZ y LIBARDO JIMÉNEZ en su lugar declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación por las razones explicadas en las consideraciones.

CUARTO: Confirmar el numeral cuarto de la providencia impugnada y en consulta frente a la absolución de los demandantes MARÍA GRACIELA CÁCERES POSSO, JORGE BAUTISTA ROMERO, SAÚL VANEGAS TORRES, ANA MARÍA CONTRERAS CARRILLO, MARCO TULIO RAMÍREZ, RAMIRO ENRIQUE TORRADO BADILLO, BEATRIZ DAZA BAUTISTA, ARMANDO ORTEGA GONZÁLEZ, RODOLFO IBARRA RAMÍREZ, JOAQUÍN ARANGO MONTAGUTH, PASCUAL MIRANDA QUINTERO, ÁLVARO OLIVEROS QUINTERO, EDDY MARTÍNEZ CAICEDO, ALFREDO ESTEBAN MEDINA, ADELA CALDERÓN, LUIS ABUIN GUERRERO PABÓN, RUDECINDO CAMACHO, LUIS VICENTE CASTRO LÓPEZ, ROSA TULIA CONTRERAS JAIMES, ALFONSO LIZARAZO PÉREZ, NIRO ABRAHAM MERLANO BARBOSA, TOMÁS DE AQUINO SANTAMARÍA CASTILLO, JORGE ELIÉCER VILLAMIZAR, RAÚL DUARTE CASTILLO, RAÚL PÉREZ ACOSTA, ANTONIO MARÍA SIERRA BERBESÍ y RAMÓN ANTONIO GALVIS VILLAMIZAR por las mismas razones expuestas en primera instancia, y la negativa de los señores RICARDO NOGUERA ANGULO y JESÚS ANTONIO PEDRAZA TORRES, pero por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO: Revocar parcialmente el numeral primero de la providencia impugnada y en consulta, en su lugar declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación del incremento por cónyuge o compañera permanente de los demandantes ÁLVARO FAJARDO MORA, JUAN RODOLFO BÁEZ MUÑOZ y JOSÉ HELÍ DUARTE CASTILLO.

SEXTO: Revocar parcialmente el numeral primero y segundo de la sentencia impugnada y en consulta, en su lugar declarar probada la excepción de prescripción del derecho reclamado por los demandantes JAIME ENRIQUE GALINDO, HERMES RUBIO RANGEL, TOBÍAS MERCHÁN ORTIZ, ALFONSO SILVA ALVARADO, JORGE SILVA ALVARADO, LUIS OLINTO GAITÁN, GILBERTO NAVARRO, FERNANDO JAIMES BRICEÑO, MIGUEL ANTONIO CASTRO LÓPEZ y ANA FRANCISCA RODRÍGUEZ MENDEZ.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS de ambas instancias, a los demandantes a quienes se revocó el reconocimiento, fijando medio salario mínimo mensual legal vigente por agencias en derecho de segunda instancia a favor de Colpensiones

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia respecto de los demandantes que interpusieron apelación y se confirmó la absolución, fijando medio salario mínimo mensual legal vigente por agencias en derecho de segunda instancia a favor de Colpensiones

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

ELVER NARANJO

Magistrado

JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

_____
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

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

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 9 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-004-2014-00208-00, promovido por **Ecopetrol S.A.** contra Carlos Armando Flórez, Jairo Guerrero Botía, Dairo Jiménez Comas y Francisco Bautista García

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: Depreca la actora se declare que Carlos Armando Flórez Felizzola, Jairo Guerrero Botía, Dairo Jiménez Comas y Francisco Bautista García recibieron como consecuencia de un fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior de Cúcuta-Sala Laboral el 19 de mayo de 2010, las sumas de $132´379.017, $147´564.762, $115.656.580 y $16´198.063 respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a los demandados a reintegrar las sumas de dinero que les fueron canceladas por Ecopetrol S.A., en virtud del fallo de revisión T-1048 de 2010 emitido por la Corte Constitucional, junto con el pago de los intereses legales a que haya lugar desde el 15 de diciembre de 2010 y hasta cuando se efectúe su pago

Fundamentó sus pretensiones en: **1) Que** los demandados elevaron acción de tutela en contra de Ecopetrol S.A., cuyo conocimiento radicó en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, misma por la que se le ordenó, luego de conocerse en impugnación por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, realizar el pago a cada uno de los accionantes de los valores correspondientes del estimulo al ahorro, a reliquidar con incidencia en el salario, las prestaciones legales y extralegales, así como el IBL sobre el cual se estableció el monto de la pensión de jubilación reconocida a cada uno de ellos, y en consecuencia a cancelar retroactivamente lo dejado de pagar por prestaciones sociales y mesadas pensionales desde que empezó a aplicárseles la política salarial del estímulo al ahorro. **2)** Que dando cumplimiento a dicho fallo, canceló a Carlos Armando Flórez, Jairo Guerrero Botía, Dairo Jiménez Comas y Francisco Bautista las sumas de $132´379.017, $147´564.762, $115.656.580 y $16´198.063 respectivamente **3) Qué** la Corte Constitucional por vía de revisión emitió sentencia T-1048 del 15 de diciembre de 2010 en la que revocó en su totalidad la sentencia proferida el 19 de mayo de 2010 por la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta y declaró improcedente el amparo deprecado por los allí accionantes, aquí demandados; **4) Que** a la fecha los demandados no han reembolsado los dineros que recibieron como consecuencia de la acción de tutela en cita.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: Los demandados de manera conjunta se opusieron a las peticiones. Propusieron como

excepciones previas las de "*ineptitud de la demanda, prescripción, pleito pendiente y falta de legitimación en la causa por pasiva"* y de mérito las de "*falta de causa para demandar, buena fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de perjuicios y cobro de lo no debido"*. (Fls. 192-211), bajo el argumento de que la Corte Constitucional en la sentencia T-1048 de 2010 no determinó si tenían derecho o no a las acreencias laborales por las que se incoó la acción de tutela, aunado a que no se refirió en ninguno de los apartes de la sentencia proferida en sede de revisión, sobre la devolución de los dineros recibidos de buena fe, pues se limitó a señalar que no se cumplía con el requisito de inmediatez para su procedibilidad, lo que dio lugar a que acudieran ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.

Añadieron que se adelantan diferentes procesos en los que se está reclamando la incidencia salarial por el estimulo al ahorro así como por otras prestaciones sociales e incidencias salariales, de los cuales 3 de ellos se encuentran en la Sala de Casación laboral y uno ya está en firme con el reconocimiento del derecho en disputa, de modo que existe un pleito pendiente entre las mismas partes y el mismo asunto en litigio, de modo que el pretender la devolución de los dineros sería "burlar" a los operadores jurídicos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del 9 de agosto de 2018 condenó a los demandados a pagar a favor de la empresa Ecopetrol S.A., las sumas que les fueron canceladas por virtud de una orden de tutela, debidamente indexadas desde el 30 de mayo de 2010 y hasta que el pago se materialice, el cual condicionó a que se absuelva a Ecopetrol S.A., en los procesos ordinarios laborales iniciados por los aquí demandados en contra de aquella y que en el evento de condena, no se reconozca el pago hecho por la entidad en sede

constitucional, ya sea por la figura del pago, compensación o cualquier otra forma análoga o de manera indirecta por la declaración de cosa juzgada constitucional. Dispuso absolver de los intereses moratorios y condenó en costas a los demandados.

Refirió que probado que se efectuaron unos pagos a los demandados por virtud de una orden de tutela que revocó la Corte Constitucional en sede de revisión, es claro que desapareció la causa que le dio origen a los mismos; de modo que para no incurrir en un enriquecimiento sin causa y no lesionar el patrimonio de Ecopetrol S.A., por el monto de los valores que pagó, es procedente su devolución, máxime cuando la decisión que ordenó el reconocimiento y pago del estimulo al ahorro así como las respectivas reliquidaciones salariales, prestacionales y pensionales, devino de la ilegalidad en la que incurrieron los operadores judiciales que las profirieron.

Añadió que si bien los demandantes pudieron haber recibido de buena fe los dineros, ello no implica que ante la revocatoria del fallo de tutela que ordenó su pago, no deban devolverlos en tanto no hay una causa actual que lo justifique, ya que, dicho pago no surgió por una actuación equivocada del empleador sino por virtud de una orden judicial.

Coligió que si bien este pleito difiere en su causa y pretensiones de los que adelantan los trabajadores contra Ecopetrol, pues, el presente tiene como finalidad la devolución de unos dineros con base en una sentencia de tutela y aquellos el que se reconozca el estimulo al ahorro y su incidencia prestacional en el caso de pensiones, es menester condicionar la sentencia a lo que se decida en los precitados procesos, dado que hay una íntima relación entre estos.

RECURSOS DE APELACIÓN: la entidad demandante pretende se revoque la anterior decisión en lo que hace a la condición que estableció el a-quo para efectuar la devolución de los dineros por parte de los demandados. Argumenta que no hay pleito pendiente y que en caso de emitirse decisión a favor de aquellos en los procesos ordinarios que adelantan, se pueden utilizar los recursos disponibles en la ley para el efecto.

Los demandados solicitan se revoque la condena que les fue impuesta bajo el argumento que los dineros cancelados por Ecopetrol S.A., fueron recibidos de buena fe sin que tengan que ver en la actuación ilegal que se llevó a cabo por los operadores judiciales, según palabras del a quo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: la entidad actora refiere que el fundamento para dar inicio a este proceso fue el pronunciamiento de la Corte Constitucional, correspondiente a que podía iniciar las acciones judiciales conducentes con el fin de recuperar los dineros que hubiere pagado en virtud de los fallos de tutela que allí se revocaron. Sostiene que los demandados no actuaron bajo el postulado de la buena fe, si se atiende que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para adelantar este tipo reclamaciones, lo que denota que quisieron obtener una ventaja económica, desconociendo la esencia y naturaleza de la tutela y no empleando los procedimientos ordinarios.

3o. CONSIDERACIONES

A partir de las apelaciones tanto de Ecopetrol S.A., como de los demandados, los asuntos a resolver consisten en determinar si estos últimos deben restituir

a la empresa demandante las sumas que recibieron en cumplimiento a un fallo de tutela que posteriormente fue revocado por la Corte Constitucional o no teniendo en cuenta el postulado de la buena fe.

Del mismo modo, y en caso de ser positiva la anterior hipótesis, si hay lugar a condicionar la condena que profirió el a-quo, a las resultas de los procesos ordinarios y su posterior ejecución que fueron presentados por los aquí demandados, para el reconocimiento y pago de las pretensiones que inicialmente elevaron en sede de tutela.

En función de resolver los cuestionamientos aludidos, sea lo primero señalar que se encuentra plenamente acreditado que Ecopetrol S.A., pagó a Carlos Armando Flórez Felizzola, Jairo Guerrero Botía, Dairo Jiménez Comas y Francisco Bautista las sumas de $132´379.017, $147´564.762, $115.656.580 y $16´198.063 respectivamente, en cumplimiento del fallo de tutela proferido el 20 de abril de 2010 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta aclarado y adicionado por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta misma ciudad, el 19 de mayo de 2010, con el que declaró ineficaz la cláusula que restó incidencia salarial del estimulo al ahorro y en consecuencia se ordenó se reliquidaran a los allí accionantes, las prestaciones sociales legales y extralegales, así como el IBL sobre el cual se estableció el monto de la pensión de jubilación a ellos reconocida, y, como resultado cancelar retroactivamente lo dejado de cancelar por prestaciones sociales como por mesadas pensionales. (Fls. 24-35)

Del mismo modo, que la Corte Constitucional en sentencia T-1048 del 15 de diciembre de 2010 revocó los fallos proferidos en la acción de tutela en primera y segunda instancia y, en su lugar, declaró improcedente el amparo (Fls. 36-44).

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester acotar desde ya que atinó el a-quo al referir que las sumas canceladas por ECOPETROL S.A., ordenadas en un fallo de tutela carecen de causa teniendo en cuenta que la Corte Constitucional revocó la orden de amparo. Hecho que estimó, configuró el enriquecimiento sin justa causa por parte de los demandados, con independencia de que hubiesen recibido de buena fe o no.

Al respecto, importante es indicar que tanto la jurisprudencia como la doctrina han señalado que para que exista un enriquecimiento sin causa, debe (i) producirse un enriquecimiento en uno de los patrimonios y un empobrecimiento correlativo en el otro; (ii) que la ventaja patrimonial obtenida por el enriquecido carezca de causa; (iii) que la persona que ejercite la acción de in rem verso carezca de otro medio o acción con base en una de las fuentes de las obligaciones y (iv) que no se pretenda soslayar una disposición imperativa de la ley.

En el de marras es evidente el enriquecimiento sin causa de los demandados, en razón a que todos los requisitos enunciados concurren, en tanto Flórez Felizzola, Guerrero Botía, Jiménez Comas y Bautista García, aumentaron su patrimonio correlativamente con el empobrecimiento o detrimento de Ecopetrol S.A., ya que, ésta tuvo que cancelar unas sumas de dinero por cuenta de un fallo de tutela que posteriormente fue dejado sin efecto alguno en virtud de la revocatoria de la que fue objeto en sede de revisión por la Corte Constitucional. Decisión esta última en la que se advirtió a la aquí demandante que podía iniciar las acciones conducentes con el fin de recuperar los dineros que hubiere pagado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral-, ha abordado el enriquecimiento sin causa como un principio general del derecho aplicable en esta especialidad en virtud de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 230 de la Constitución Política. A este respecto, el máximo órgano en sentencia del 17 de noviembre de 1998, radicación 11.046 asentó:

> *"De manera que el principio de enriquecimiento injusto, enmarcado dentro de los principios de derecho común, no puede ser ajeno a la jurisdicción laboral y, menos cuando el propio Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 19 admite la posibilidad de aplicarlo, dentro de un espíritu de equidad. Sin embargo, como el fin perseguido al demandar con sustento en este principio, es el de impedir que en justicia no se incremente el patrimonio de una persona con perjuicio económico de otra, es pertinente que se cumplan las mismas condiciones que para su aplicación se han elaborado de antaño por la Jurisprudencia, las cuales, además, coinciden con las contempladas por la doctrina, obviamente, sin dejar de lado, como exigencia fundamental que haya habido una prestación de servicio. En ese orden, ellas corresponden a que se presente un enriquecimiento injusto del demandado, un empobrecimiento correlativo del demandante y que el actor no tenga otra acción o medio a su alcance para obtener lo que considera le ha sido arrebatado, condiciones que propiamente facultan al afectado para iniciar la acción de in rem verso".*

Es así que, de los hechos esbozados en el libelo introductor, se evidencia que con la decisión proferida por la Corte Constitucional en sentencia T-1048 de 2010, devino en inexistente la obligación pagada por Ecopetrol S.A. a favor de los demandados en las sumas antes descritas, configurándose así un pago de lo no debido y un enriquecimiento sin causa, ya que, palmario es que esas sumas de dinero acrecentaron el patrimonio de sus extrabajadores demandados y, correlativamente, se disminuyó el patrimonio de la empleadora que en su momento cumplió con la orden judicial, que ahora no cuenta con

asidero jurídico alguno, más aun cuando, dada la naturaleza del asunto por la revocatoria del fallo de amparo aludido, la empresa demandante no cuenta con otra acción para lograr el reembolso o devolución de los valores que afirma se niegan a restituir los demandados.

Cabe destacar como la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, por ejemplo en decisión con radicación SL1721 de 2018, ha señalado que el cumplimiento de la orden de pago realizada por concepto de salarios y prestaciones legales y extralegales, como consecuencia de una sentencia de tutela, pierde su eficacia cuando dicho pronunciamiento es revocado, y al volver las cosas a su estado anterior, es procedente ordenar la devolución de lo cancelado a la entidad tutelada.

Ahora bien, en cuanto al postulado de la buena fe que alegan los demandados para que se les exima de devolver los dineros que recibieron de Ecopetrol S.A., ha de señalarse que resulta equivocado, en tanto en el sub-analice, la activa canceló las sumas que hoy reclama, en razón al acatamiento ineludible de una orden judicial de resguardo, a la cual no se podía oponer más allá de la impugnación que en su momento elevó.

En ese orden, a los aquí demandados no les resulta dable sustraerse de la obligación de devolver el dinero que se les canceló en virtud de un fallo que fue revocado por la Corte Constitucional, en tanto al desaparecer el móvil del pago, la buena fe no resulta aplicable para retenerlo, pues, se repite, el fundamento que provocó esa particular situación desapareció con la ineficacia de las decisiones de tutela, de modo que, el hecho de obrar con buena fe, solo ha de tenerse en cuenta, eventualmente, para no imponer el pago de intereses o indemnizaciones, pero no para apropiarse indebidamente de un dinero cancelado sin causa justa alguna tal y como lo disponen los artículos 2318 y

2319 del Código Civil[1], aplicables al procedimiento laboral por vía de interpretación analógica de la que es propiciatoria el artículo 19 del C.S.T., toda vez que, de entenderse lo contrario, sería tanto como desconocer la providencia que en sede de revisión emitió el Tribunal Constitucional en la que dejó sin efectos las sentencias de tutela proferidas por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta y la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad, en su momento.

De modo que, los demandados deberán restituir las sumas que les fueron canceladas por Ecopetrol S.A., debidamente indexadas desde el momento en que se dejó sin efecto alguno el fallo de tutela que dispuso se cancelaren y hasta cuando se efectúe su pago.

No obstante lo anterior, esto es, que la decisión del a-quo en ordenar la devolución de los dineros a Ecopetrol S.A., fue la acertada, no ocurre lo mismo con la determinación de condicionar su pago a las resultas de las actuaciones judiciales adelantadas por los aquí demandados con el fin de que se declarare que el estimulo al ahorro que percibieron como trabajadores de esa entidad, tiene incidencia salarial tal y como lo señaló la demandante en el recurso de apelación, habida cuenta que, ello sería tanto como haberle dado prosperidad a la excepción previa de pleito pendiente, dejando suspendidos los efectos de la sentencia hasta tanto se resuelvan unas controversias que no tienen identidad de causa y objeto con la que aquí se surte.

---

[1] Código Civil Colombiano. ARTICULO 2318. <PAGO DE COSA FUNGIBLE NO DEBIDA>. El que ha recibido dinero o cosa fungible que no se le debía, es obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad.

Si ha recibido de mala fe debe también los intereses corrientes.

ARTICULO 2319. <RECIBO DE BUENA FE>. El que ha recibido de buena fe no es responsable de los deterioros o pérdidas de la especie que se le dio en el falso concepto de debérsele, aunque hayan sobrevenido por negligencia suya; salvo en cuanto le hayan hecho más rico. Pero desde que sabe que la cosa fue pagada indebidamente, contrae todas las obligaciones del poseedor de mala fe.

Ello es así en el entendido que si bien los dineros que fueron inicialmente cancelados por Ecopetrol a Carlos Armando Flórez Felizzola, Jairo Guerrero Botía, Dairo Jiménez Comas y Francisco Bautista García, tuvieron origen en una decisión de tutela que estudió en su momento el fondo de la pretensión que ahora estos persiguen en la jurisdicción ordinaria a través de juicios ordinarios y ejecutivos, lo cierto es que, la misma, fue dejada sin efectos por improcedente en sede de revisión por la Corte Constitucional, desapareciendo la fuente de derecho que originó el mentado pago; por manera que, no resulta excluyente el derecho que tiene Ecopetrol a que le sean devueltos los dineros que canceló por virtud de una orden de tutela que perdió su eficacia, con los que eventualmente pudieren tener los aquí demandados, de ser favorables sus súplicas en el reconocimiento de la incidencia salarial del estímulo al ahorro, ya que, por ejemplo, en los diversos juicios ejecutivos, de presentarse, las partes pueden hacer uso de los mecanismos legales que consideren procedentes para evitar un posible doble pago o un enriquecimiento sin causa de alguna de ellas, proponiendo las excepciones a que hubiere lugar.

De manera que habrá de revocarse parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en cuanto a la condición que para el pago de las sumas que allí relacionó a cargo de los demandados, impuso a la parte actora para perseguir su ejecución.

En síntesis, se concluye que efectivamente, no existe causa o título que justifique el pago de las sumas de dinero objeto de litigio a los extrabajadores demandados, por lo que están obligados a su reembolso a la persona jurídica demandante, conforme lo establece el artículo 2318 del Código Civil, sin condición alguna en tanto no es excluyente el derecho que tiene Ecopetrol a que le sean devueltos los dineros que canceló por virtud de una orden de tutela que perdió su eficacia, con los que eventualmente pudieren tener los aquí

demandados en las acciones ordinarias que adelantan, declarando en consecuencia, imprósperas las excepciones de *"falta de causa para demandar, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de perjuicios y cobro de lo no debido"*.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas a los demandados al no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada $200.000 cargo de cada uno de ellos.

4o. DECISIÓN

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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **PRIMERO** de la sentencia del 9 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta para en su lugar **CONDENAR** a los demandados Carlos Armando Flórez, Jairo Guerrero Botía, Dairo Jiménez Comas y Francisco Bautista a devolver a ECOPETROL S.A., las sumas de $132´379.017, $147´564.762, $115.656.580 y $16´198.063 respectivamente, debidamente indexadas desde que se hicieron exigibles por virtud de la revocatoria del fallo de tutela que dispuso se cancelaren y hasta cuando se efectúe su pago.

SEGUNDO: Declarar imprósperos los medios exceptivos de *"falta de causa para demandar, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de perjuicios y cobro de lo no debido".*

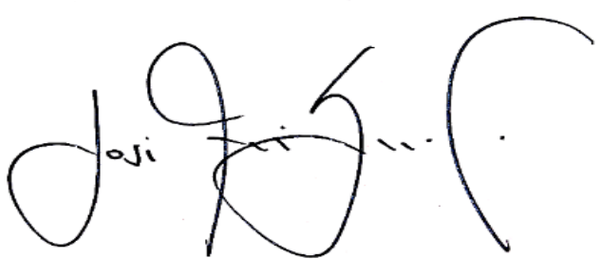
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: COSTAS a cargo de los demandados al no salir avante su apelación. Inclúyanse como agencias en derecho $200.000 a cargo de cada uno. Liquídense de manera concentrada por el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD.JUZGADO: 54001-31-05-004-2015-00366-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18088.
JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: YARA TIBISAY AGUIRRE CANDAMIL
ACCIONADO: GASEOSAS HIPINTO SAS
ASUNTO: CONTRATO DE TRABAJO-LEY 361 DE 1997
TEMA: APELACIÓN.

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto 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 de fecha seis de abril de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora YARA TIBISAY AGUIRRE CANDAMIL contra la sociedad GASEOSAS HIPINTO 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. A N T E C E D E N T E S

Mediante demanda ordinaria laboral, la señora YARA TIBISAY AGUIRRE CANDAMIL, actuando mediante apoderada judicial, solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la señora GASEOSAS HIPINTO SAS desde el 11 de Enero de 2008 al día 11 de Enero del año 2014, y consecuentemente de declare la INEFICACIA DEL DESPIDO en aplicación a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1.997 y se condene a la demandada a REINTEGRAR y REUBICAR a la demandante a un cargo de igual o mejor categoría, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejadas de percibir desde la terminación del vínculo hasta que se ordene su reintegro efectivo, la indemnización por despido injusto en los términos del artículo 64 del CST, la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1.997, las sanciones moratorias decantadas en los artículos 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50

de 1.990, al pago de los perjuicios materiales y morales causados y a los beneficios contenidos en el Pacto Colectivo de Trabajo 2012-2017.

La parte actora fundamenta sus pretensiones indicando que la señora YARA TIBISAY AGUIRRE, suscribió contratos a término indefinido con GASEOSAS HIPINTO SAS, prestando siempre sus servicios ininterrumpidos en el cargo de REPRESENTANTE DE VENTAS, ROSITA TELEVENTAS de productos POSTOBON, desde el día 11 de Enero de 2.008 al día 11 de Enero de 2.014, primero a través de CONSEVIVIOS S.A, posteriormente a través de REDEVENTAS S.A., y finalmente con GASEOSAS LA FRONTERA S.A. y finalmente a través de GASEOSAS HIPINTO S.A sucursal Cúcuta, encubriéndose así una forma de intermediación laboral, con el fin que su verdadero empleador evada sus obligaciones laborales, devengando como último salario la suma de $1.628.000.oo.

En ese orden de ideas, sostiene la parte actora que mediante escrito de fecha 15 de Marzo de 2013, la sociedad demandada decidió de manera unilateral dar por terminado el vínculo laboral, aduciendo la no prórroga del contrato, sin sopesar que la demandante se encontraba en estado de DEBILIDAD MANIFIESTA e INDEFENSIÓN debido a su estado de salud, patologías sufridas durante la permanencia y desarrollo de su labor, sin que la GASEOSAS HIPINTO SAS hubiese solicitado la pertinente autorización del Ministerio del Trabajo y de la cual tenía pleno conocimiento pues en escrito de fecha 7 de Junio del 2013, el Dr. LUIS JESÚS GRASS GARCÍA le notificó a su empleador que la señora YARA TIBISAY AGUIRRE CANDAMIL, se encuentra en proceso de estudio de origen de evento de salud por las patologías DISCOPATIA DORSAL y HERNIA DISCOPATIA T-11 y T-12, las cuales no ha sido definido su origen por parte de la EPS SALUDCOOP, ya que la única calificación adoptada es por las patologías ESCOLIOSIS y LORDOSIS.

Indica la demandante que mediante fallo de tutela emanado del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta, se ampararon los derechos fundamentales de la demandante a la estabilidad laboral reforzada, vida digna y mínimo vital y se ordenó a GASEOSAS HIPINTO SAS, reintegrar a la trabajadora a las labores que venía desempeñando, teniendo en cuenta la compatibilidad del cargo con las recomendaciones realizadas por el médico especialista en salud ocupacional, concediéndole el término de 4 meses para iniciar la respectiva acción ordinaria laboral, señalando que el día 11 de Enero del año 2014, la demandada de nuevo sin acudir al Ministerio del Trabajo, decidió romper el vínculo laboral a pesar de encontrarse la señora YARA TIBISAY AGUIRRE con recomendaciones médicas, incumpliendo además con su Pacto Colectivo pues no aplicó procedimiento sancionatorio alguno para imponer sanciones y mucho menos para despedirla sin justa causa.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

La sociedad GASEOSAS HIPINTO SAS, dio formal contestación a la demanda formulada oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones de mérito a las que denominó inexistencia de la condición de discapacidad o limitación física, sensorial o sicológica, para aplicar la medida protección especial, terminación del contrato laboral por vencimiento del plazo fijo pactado entre las partes , pago total de acreencias laborales, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y prescripción.

Igualmente solicitó que se integre debidamente el litisconsorcio con las entidades de seguridad social en las cuales estuvo afiliada la demandante, EPS SALUDCOOP, ARL LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. y AFP PROTECCION PENSIONES Y CESANTIAS, las cuales fueron legalmente vinculadas al proceso.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha seis (6) de abril de 2018, declaro la existencia de un contrato a término fijo entre las partes del 17 de junio de 2008, el cual se prorrogó hasta el 15 de marzo de 2013 conforme al artículo 46 del CST, no siendo prorrogado posteriormente y con acción de tutela se extendió la vinculación hasta el día 11 de Enero de 2014, declarando PROBADA la excepción formulada por GASEOSAS HIPINTO SAS, denominada INEXISTENCIA DE LA CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD O LIMITACIÓN FÍSICA O SICOLÓGICA DE LA DEMANDANTE, denegando la totalidad de las pretensiones de la demanda, así como las demandas en contra de las vinculadas LIBERTY SEGUROS S.A y PROTECCIÓN CESANTÍAS Y PENSIONES S.A.

El A quo argumentó su decisión señalando que conforme a la jurisprudencia al respecto decantada por la H. Sala Laboral de la CSJ, la Ley 361 de 1997 en sus artículos 5 y 26 en concordancia con el Decreto 2463 de 2001 artículo 7, para colegir si el trabajador esta investido del fuero de salud y estabilidad laboral reforzada, debe presentar una discapacidad como mínimo del 15%, la cual no se presenta en el sub-examine, concluyendo que al momento de la terminación del contrato a término fijo declarado realizada el día 16 de junio de 2013 no había una afectación sustancial en la salud de la demandante, en atención a las patologías que presentaba, simplemente porque no hay prueba de la perdida de la capacidad laboral.

IV. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora, interpone recurso de apelación solicitando revocar la sentencia de primera instancia señalando que “según se puede apreciar en con las pruebas aportadas al plenario que el despido de su representada fue de manera unilateral por parte de la demandada GASEOSAS HIPINTO SAS, toda vez que no solicitó el permiso ante el Ministerio del Trabajo, encontrándose en un estado de debilidad manifiesta,

pues a pesar de lo esbozado por esta instancia, GASEOSAS HIPINTO SAS ha generado un daño en contra de la accionante, la cual se refleja en que no se tuvo en cuenta las patologías de la demandante".

V. ALEGATOS 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 judicial de la demandante mediante comunicado enviado al correo institucional de la Secretaría de esta Sala, presentó los alegatos de conclusión, solicitando REVOCAR la sentencia de primer grado, señalando que dentro del plenario quedó demostrado con la totalidad de pruebas allegadas, que la trabajadora al momento del despido injustificado por parte de GASEOSAS HIPINTO S.A.S, se encontraba en ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA, vulnerando todos los postulados constitucionales en especial lo establecido en Sentencia C-531 de 2000.

   Señala el apelante que la sociedad GASEOSAS HIPINTO SAS, siempre ha mentido con respecto a la verdadera contratación de su defendida para justificar su mal actuar en la terminación del vínculo, sin importar que se encontrara con orden de reubicación laboral por 6 meses, debido a todas las incapacidades que venía presentando por su quebrando de salud como consta en los folios 127 a 133, pues tan solo un mes después de haber iniciado dicho proceso se adopta la decisión de NO PRORROGAR el contrato de trabajo, enfermedades que adquirió la demandante estando laborando para la demandada tal y como se evidencia con el análisis de riesgo allegado visto a folios 79 a 81 del plenario, amén que el perito arrimado al proceso, dio por sentado que las enfermedades de la demandante dan una calificación de pérdida de capacidad laboral.

2. **PARTE DEMANDADA- GASEOSAS HIPINTO SAS.** Solicitó la empresa se confirme la sentencia de primera instancia, en razón a que ella se ajusta a la realidad procesal y conforme a lo pedido en la demanda.

   Que pretende la demandante que se declare la existencia de contrato de trabajo con la empresa demandada y que conforme a las pruebas documentales que válidamente se aportaron y se tuvieron como tal en el proceso, se acreditó que el contrato fue a término fijo el cual se terminó por vencimiento del plazo y no prórroga del mismo, mediante carta de preaviso del mes de marzo de 2013 y de finiquito de contrato laboral el día 16 de junio de 2013, sin que se haya acredito en el devenir procesal por la parte demandante como era su obligación; que el contrato de trabajo se había terminado por otra razón para que le pudiera prosperar la petición de declaratoria de ineficacia al alegarse

que fue despedida la trabajadora demandante por parte de la empresa hoy demandada.

3. **PARTE DEMANDADA**. El apoderado judicial de LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A., presenta igualmente alegatos de conclusión, solicitando se CONFIRME la decisión de primera instancia, pues en su sentir quedó plenamente demostrado que frente a la aludida compañía, no existe conducta de reproche alguno, toda vez que en condición de Administradora de Riesgos Laborales a la que estaba adscrita la trabajadora, cumplió en todo, con sus obligaciones deberes y servicios que hubieses sido requerido por la hoy demandante con ocasión única y exclusivamente de alguna materialización del riesgo en la ejecución de sus funciones.

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

VI. 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.

En ese orden de ideas, y como el reproche de la parte actora está dirigido exclusivamente a la existencia en cabeza de la demandante del fuero de ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA al momento del despido, no será objeto de discusión en esta instancia, la existencia del contrato de trabajo entre las partes y la modalidad contractual declarada por el A quo.

Problema Jurídico.

Así las cosas, teniendo en cuenta los hechos debatidos en primera instancia, los argumentos expuestos por el Juez A quo y los fundamentos del recurso de apelación, el problema jurídico a resolver es

1. Establecer si la demandante YARA TIBISAY AGUIRRE al momento de la terminación del contrato por parte de su empleador el día 16 de junio del año 2013 gozaba del fenómeno de la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1994, siendo procedente el reintegro a sus labores junto con el pago de salarios, prestaciones sociales dejadas de percibir y demás emolumentos solicitados en el petitum de la demanda.

Solución al 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 Nº 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.

Habiendo determinado lo anterior, procede esta Sala a establecer si al momento de la mencionada terminación de su contrato de trabajo, la señora YARA TIBISAY AGUIRRE era sujeto de protección especial por estabilidad laboral reforzada, en virtud de su estado de salud, y por tanto, dicho el despido declarado es ineficaz, debiéndose ordenar a su favor, el reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía, y así como el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación y hasta su reintegro, así como de la indemnización prevista en el artículo 26 de Ley 361 de 1997.

Ahora, como el cuerpo legal en mención, no precisa quiénes son las personas en situación de discapacidad que gozan de estabilidad ocupacional reforzada. La Corte Suprema de Justicia inspirada en la teoría médico biológica de la discapacidad- (sentencia SL10538-2016 de junio 29 de 2016.) ha dado aplicación a la clasificación establecida en el artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, en donde se considera como persona en situación de discapacidad, a quien tenga una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15%, es decir, desde el grado moderado de severidad.

De esta manera, cuando el trabajador demuestre que para el momento del despido, padecía una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15% de PCL y acredite que el empleador tenía conocimiento de las patologías, deficiencias, discapacidad y minusvalía adquiridas durante el desarrollo del contrato de trabajo, se presumirá a favor de éste que la terminación del vínculo laboral obedeció a un acto discriminatorio por su estado de salud, teniendo entonces el empleador la carga probatoria de derruir tal presunción, demostrando que se dio la ocurrencia real de la causa alegada (justa causa), debiendo ser esta una razón objetiva para poner fin al nexo contractual, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral en sentencias SL10538-2016 de junio 29 de 2016, SL10538-2016, SL 10538-2016, SL5163-2017 SL11411-2017 y más recientemente, en sentencia SL 471-2018 y SL 458 de 2019.

La condición de discapacidad anotada, necesariamente debe configurarse en vigencia de la relación laboral y fundamentarse en las patologías, deficiencias y minusvalía adquiridas por el trabajador durante el desarrollo del contrato de trabajo, sin que esta condición esté sujeta a ser demostrada únicamente con la expedición del dictamen de PCL al momento de la terminación del vínculo laboral, en la medida en que el mismo no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria y puede acreditar por cualquier otro medio los padecimientos y quebrantos de salud que padezca el trabajador al momento de la finalización del contrato de trabajo.

No obstante, recuérdese que si bien no necesariamente debe haberse emitido el dictamen al momento de la terminación de la relación laboral para poder determinar los quebrantos de salud de un trabajador, **el mismo sí se requiere para establecer que padecía una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15% de PCL** y estructurada en vigencia de la relación laboral, así lo ha concluido el órgano de cierre de esta jurisdicción en Sentencia SL 11411-2017.

No desconoce la Sala la existencia una tesis sustentada en el modelo biopsicosocial-1, aplicada por la Corte Constitucional, en donde el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada no depende de la acreditación de una situación de pérdida de capacidad laboral o de un porcentaje de calificación de PCL específico, sino a una afectación en la salud del

[1] JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. Principios Constitucionales y legales del derecho del trabajo en Colombia, 2ª edición. Bogotá, Legis, 2015. Pág. 106.

trabajador que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares (sentencia SU-049 de 2017). Empero, estima esta Sala de decisión que la tesis planteada por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, esto es Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, brinda mayor seguridad jurídica en la medida que ha centrado la procedencia de la protección reforzada al dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, constituyendo un criterio objetivo para identificar la discapacidad.

CASO CONCRETO

Conforme a la documental obrante a folio 170 del plenario, mediante comunicación de fecha 15 de marzo de 2013, la sociedad GASEOSAS HIPINTO S.A.S., en aplicación a lo dispuesto en el artículo 46 del CST, comunica a la demandante su determinación de NO PRORROGAR su contrato a término fijo, el cual vence **el día 16 de junio del año 2013,** por lo tanto, procederá inicialmente la Sala a establecer qué concretos padecimientos en su salud tenía la señora YARA TIBISAY AGUIRRE para dicha época.

De la documental vista a folios 33 y 34 del plenario, así como de las historias clínicas allegadas, observa la Sala que durante la ejecución del contrato de trabajo y concretamente desde el accidente de trabajo reportado el día 7 de septiembre del año 2008, la señora YARA TIBISARY AGUIRRE al momento de la terminación del contrato presentaba un cuadro de LUMBAGIA CRÓNICA y DISCOPATÍA DORSAL: HERNIA DISCOPATÍA T11-T12, presentando un sinnúmero de incapacidades por dicha causa “LUMBAGO NO ESPECIFICADO” (Enfermedad General), las últimas durante un periodo consecutivo desde el día 10 de diciembre del año 2012 al día 14 de febrero del año 2013 y a partir del día 19 de abril de 2013 al día 24 de abril del mismo año incapacidad por “OTROS DESPLAZAMIENTOS DEL DISCO INTERVERTRAL ESPECIFICADO”, todo ello según relación de incapacidades expedida por la EPS SALUDCOOP vista a folios 127 a 133 del plenario.

En ese orden de ideas, funge palmario que para la fecha de terminación del contrato de trabajo, la demandante presentaba dichas dolencias en su salud, sino que además el empleador conocía de su estado, pues a través de los especialistas en salud ocupacional se expidieron sendas recomendaciones médicas en la ejecución de sus labores tales como *“evitar movimientos de flexión y rotación de columna en forma repetitiva/ evitar halar, empujar o levantar peso hasta 5kgs, evitar posturas inadecuadas y mantenidas de columna, ejercicio cada 30 minutos para fortalecimiento muscular, pausas activas”,* entre otras.

Sin embargo, la presencia de dichas dolencias y el conocimiento del empleador sobre las mismas, no son suficientes para declarar que la señora TIBISAY AGUIRRE CANDAMIL se encuentra revestida por el fenómeno de la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, pues como claramente se indicó, conforme a la postura asumida por esta Sala, es necesario que las aludidas

patologías produzcan una perdida de capacidad laboral equivalente a un porcentaje igual o mayor a un 15%, situación que no en el sub-examine no encuentra respaldo en ningún medio de prueba allegado a los diligenciamientos.

Bajo ese escenario y si bien al trabajador no se le puede exigir la existencia de un dictamen de pérdida de capacidad laboral al momento de la terminación del contrato, dicho elemento sí debe ser allegado en transcurso del pertinente trámite ordinario laboral con el fin de establecer que la demandante padecía una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15% de PCL y estructurada en vigencia de la relación laboral, el cual puede ser practicado con posterioridad al rompimiento del vínculo laboral.

De esta manera, en los casos en los cuales se debate la existencia del fenómeno de la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, es factible que transitoriamente por vía de tutela se proteja tal derecho fundamental aún sin la presencia de prueba idónea que revele el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral del trabajador al momento de la terminación del contrato, ordenando el reintegro a sus labores, todo ello con el fin de establecer durante el pertinente trámite ordinario laboral la concreta PCL del demandante y de esta manera validar la decisión adoptada por el respectivo juez constitucional.

Por lo anterior como acertadamente lo indicó el señor Juez de instancia en el sub-examine no fue allegado o practicado en transcurso del proceso judicial, el respectivo dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral de la señora TIBISAY AGUIRRE CANDAMIL, u otro elemento de innegable convicción con el fin de establecer si al momento de la decisión por parte del empleador de NO RENOVAR el contrato a término fijo de la trabajadora sus limitaciones físicas presentaban una PCL igual o superior al 15%, estructurada en vigencia de la relación de trabajo, pues los dictámenes allegados No 1862 del 27 de Enero de 2010 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander (Fol.443-445), confirmado mediante dictamen 30051039 del 26 de Mayo de 2010 emanado de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (Fol. 458-462), dan cuenta del origen común de las patologías presentadas por la demandante, sin especificarse el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral y su fecha de estructuración.

De otro lado, a juicio de la Sala el dictamen pericial presentado por el Dr. WOLFMAN CALDERON COLLAZOS en su condición de auxiliar de la justicia legalmente constituido ordenado para cuantificar los eventuales perjuicios solicitados en la demanda, carece de la pertinencia e idoneidad para establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la demandante a la fecha de terminación del vínculo laboral, pues el aludido perito en su condición de abogado carece de las facultades profesionales (médico o especialista en salud ocupacional) para establecer tal aspecto, máxime que su aludida conclusión sobre una presunta PCL equivalente a un 48%, no se encuentra respaldada por los criterios de discapacidad, invalidez y

minusvalía señalados en el Manual Único de Calificación de Invalidez señalados en el Decreto 917 de 1.999 y Decreto 1352 de 2013.

En efecto, como ya se indicó el aludido peritaje fue ordenado para establecer los posibles perjuicios originados a la demandante por su condición de salud (lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro), y la conclusión sobre un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, fue adoptado sin el pertinente conocimiento científico y sin la evaluación de la normatividad legal pertinente para tal efecto, señalando escuetamente en su dictamen que promedio un 48% de PCL, en virtud a los múltiples daños a la salud que han sido probados por quien los sufrió siendo procedente su indemnización.

Entonces, cuando bajo estos parámetros, se llega al caso presente y se tiene que no se acreditó por ningún medio probatorio que la actora contaba con una pérdida de capacidad laboral, limitación o discapacidad por lo menos moderada, esto es, dentro de los porcentajes de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% para el momento del despido, no queda camino diferente para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia de fecha 6 de abril de 2018 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta y así habrá de resolverse.

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.oo a cargo de la parte demandante y a favor de la sociedad demandada.

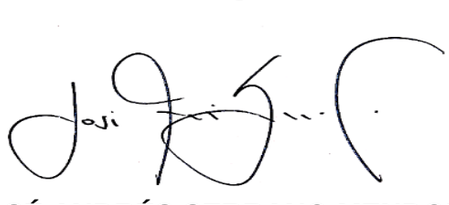
En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada proferida por el JUEZ CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, de fecha 6 de abril 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.oo a su cargo.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVEZ
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

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

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 28 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-004-2017-00280-00, promovido por **Diego Albeiro García Becerra** contra **JCG Ingeniería S.A.S. y Gases Del Oriente S.A. E.S.P.**, como llamado en garantía **Aseguradora Solidaria De Colombia S.A.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fl.34 a 45). Depreca el actor se declare que entre él y JCG Ingeniería S.A.S., existió un contrato de trabajo desde el 14 de marzo al 10 de julio de 2014. Así mismo, que entre JCG Ingeniería S.A.S. y la empresa de servicios públicos domiciliarios Gases Del Oriente S.A. E.S.P. existió un contrato para que la primera ejecutara labores no extrañas a las actividades normales de la segunda. En consecuencia, pide se condene a JCG Ingeniería

S.A. y solidariamente a Gases Del Oriente S.A. E.S.P. a pagarle prestaciones sociales, auxilio de transporte, vacaciones, indemnización por despido injusto, sanción moratoria del artículo 65 del CST, extra y ultra petita, y costas.

Adujo para ello: **1) Que** la empresa de servicios públicos domiciliarios Gases Del Oriente S.A. E.S.P. contrató a la sociedad JCG Ingeniería S.A.S. para que realice la construcción de conexiones de redes de gas. **2)** Que JCG Ingeniería S.A.S. ha empleado a diferentes trabajadores para la ejecución del objeto contratado. **3) Que** fue contratado por JCG Ingeniería S.A.S, a término indefinido, a partir del 14 de marzo de 2014, para desempeñar las funciones de oficios varios. **4) Que** devengaba un salario mínimo legal vigente, el cual era cancelado de manera quincenal. **5) Que** JCG Ingeniería S.A.S no le canceló las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, auxilio de transporte, causados durante la relación laboral. **6) Que** le adeudan una quincena del último mes de salario. **7) Que** el 10 de julio de 2014 le informó a JCG Ingeniería S.A.S. su renuncia forzosa, causada por el no pago de salarios pese a haber laborado. **8) Que** citó en 2 ocasiones al empleador al Ministerio de Trabajo, sin que presentara.

Por auto del 12 de diciembre de 2017 (fl. 171 y 172) se acepta llamar en garantía a Aseguradora Solidaria de Colombia, conforme a lo solicitado por Gases Del Oriente S.A. E.S.P. (fl. 167 a 169).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA. Gases Del Oriente S.A. E.S.P se opuso a las pretensiones (fl. 110 a 119). Argumentó que no ha tenido relación con el demandante de ninguna naturaleza, ya sea laboral, civil o comercial. Precisó de igual forma que no tiene ningún tipo de injerencia o conocimiento de las contrataciones y actuaciones administrativas de JCG

Ingeniería S.A.S, y por tal razón desconoce los hechos de la relación laboral alegada. Afirmó que de lo narrado por el accionante, se desprende que no tenía ninguna función atinente al objeto de la obra que contrató con JCG Ingeniería S.A.S., para construir una ampliación de la red para la distribución de gas, en la medida en que como lo indicó desempeñaba labores de oficios varios. Alude que la labor alegada por el actor tampoco tiene relación con su objeto social, ni con el giro ordinario de sus negocios. Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

Aseguradora Solidaria de Colombia S.A. (fl. 182 a 188) se opuso a las peticiones. Argumentó que de la redacción de la demanda se desprende que al actor le cancelaron las acreencias laborales que se derivaron del contrato de trabajo suscrito con JCG Ingeniería S.A.S. Dice que Gases Del Oriente S.A. E.S.P. jamás tuvo la condición de empleador del demandante, y en esa medida, dadas las condiciones de la póliza suscrita con esta última empresa, no es dable que responda por el incumplimiento del verdadero empleador. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia del derecho reclamado, carencia de responsabilidad, falta de legitimación por pasiva, limitación de la responsabilidad, buena fe, coadyuvancia de las excepciones presentadas por los demandados y la innominada.

JCG Ingeniería S.A.S. dio contestación a través de curador ad litem. Se opuso a las súplicas en razón a que el demandante debe probar cada uno de los hechos expuestos y el incumplimiento en el pago de acreencias laborales. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de obligación y derecho, buena fe, prescripción y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, el 28 de mayo de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 31 de marzo al 10 de julio de 2014 entre el demandante y JCG Ingeniería S.A.S., terminado por renuncia del trabajador. Condenó al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Absolvió de lo pedido a Gases del Oriente S.A. E.S.P. porque consideró que no se daban los presupuestos del artículo 34 del CST para que operara la solidaridad de las condenas, esto es, que la actividad contratada fuera propia del desarrollo normal de la empresa contratante, en la medida en que la empleadora del accionante JCG Ingeniería S.A.S. tenía un objeto social totalmente distinto al de Gases del Oriente S.A. E.S.P., aunado dice , a que las funciones de oficios varios desarrolladas por el actor no tienen relación con excavaciones, arreglo del piso o pavimento en general. Actividades estas que menciona que fueron el objeto del contrato entre las dos empresas mencionadas.

RECURSO DE APELACIÓN. El accionante aspira a que se modifique la sentencia de primera instancia en cuanto la absolución de la condena solidaria a Gases del Oriente S.A. E.S.P.. Argumenta que sus labores como oficios varios para el retiro de escombro, entre ellos concreto y asfalto, encintado, demarcación y/o señalización hacen parte de las actividades conexas a las funciones que desarrollan los trabajadores excavadores, estos últimos que adelantan actividades necesarias para que la demandada Gases del Oriente S.A. E.S.P, cumpla su objeto social de comercialización y distribución del servicio público de gas domiciliario, además de estar vinculadas al giro ordinario de sus negocios, ya que, en esencia constituye una actividad inherente a la beneficiaria o dueña de la obra.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Diego Albeiro García Becerra, reitera los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada. Solicita se modifiqué la decisión de primera instancia y se acceda a la solidaridad deprecada respecto de Gases del Oriente S.A. E.S.P. Dice que el *a quo* no analizó sus actividades desarrolladas en el cargo de oficios varios, y que de acuerdo a su interrogatorio de parte y de la declaración del testigo Gerson Eliecer Gómez, fueron labores que hacían parte de una etapa necesaria para que la demandada Gases del Oriente S.A E.S.P. pudiera cumplir su objeto principal consistente en la explotación y comercialización de gas natural.

Refiere que las funciones de demarcación o señalización de las áreas es un punto fundamental para la ejecución de las actividades para construir la red de distribución del gas natural, ya que se debe garantizar la seguridad de los trabajadores y terceros en la ejecución de las obras que tienen como propósito la construcción de dichas redes de distribución del gas domiciliario.

La Aseguradora Solidaria De Colombia Entidad Cooperativa, refiere que comparte la decisión del A-quo, en razón a que no le asiste obligación alguna derivada de los hechos que motivaron la presente acción, y que además porque de las pruebas arrimadas al proceso y de la misma redacción de la demanda, se infiere que al demandante les fueron satisfechas las acreencias laborales que se derivaron de los contratos suscritos entre la sociedad JCG Ingeniería SAS y sus empleados. Así mismo, que Gases del Oriente S.A. E.S.P. nunca tuvo la condición de empleador del demandante, lo que impide que responda por las condiciones de las pólizas que garantizan el pago de acreencias laborales ante un incumplimiento de los verdaderos patronos de los demandantes, impidiendo así, que se produzca condena en

su contra. Finalmente, considera que no está obligada a indemnizar el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, por cuanto no existe vínculo laboral alguno entre el demandante y la sociedad Gases del Oriente S.A. E.S.P., ni obligación de cancelar obligaciones laborales de los mismos, por lo cual, solicita se confirme la decisión de primera instancia.

Gases del Oriente S.A. E.S.P., insiste en que se confirme la decisión de primera instancia. Sostiene que no configura la solidaridad deprecada, en la medida en que, no se configuran los requisitos del art. 34 del C.S.T., pues *"el objeto por el cual contrató a la empresa JCG INGENIERIA S.A.S. era tendiente a realizar actividades exclusivas de CONSTRUCCIÓN tal y como se pudo demostrar en los contratos de OBRA CIVIL celebrados con mi representada, y por el contrario, el objeto social principal de la empresa que represento GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. es exclusivamente el de PRESTACIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS ESPECIFICAMENTE EN CUANTO A LA EXPLOTACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE GAS, dejando en evidencia y demostrado que ambas empresas desarrollan objetos sociales totalmente diferentes y que por tal motivo, no era posible endilgarle la figura de solidaridad a mi representada"*

3o. CONSIDERACIONES

No siendo objeto de discusión que el demandante estuvo vinculado laboralmente desde el 31 de marzo al 10 de julio de 2014 con JCG Ingeniería S.A.S., en la ejecución del contrato de obra civil No. GT-CR-102-06-12-2013, que ésta adelantó para Gases del Oriente S.A. ESP, cuyo objeto consistió en *"EL CONTRATISTA, en forma independiente y con plena autonomía directiva, administrativa, técnica y laboral construirá para LA COMPAÑÍA, bajo la*

modalidad de precios unitarios, una ampliación de la red para la distribución de gas en el área metropolitana de Cúcuta (Los Municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario), que consiste en la construcción de una red o malla de tubería de en polietileno para la gasificación, con su respectiva obra civil para la distribuir domiciliariamente gas natural incluyendo los anillos, troncales, accesorios y obras indispensables para para cruces de arrollo, puentes y cruces encaminados entre otros"[1], deberá establecerse si las labores desarrolladas por el deprecante dentro de la ejecución del contrato de obra civil aludido son extrañas o no a las actividades normales de Gases del Oriente S.A. ESP.

A partir del artículo 34 del C.S.T, es claro que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra (contratante), realizada por el contratista independiente, será solidariamente responsable junto con éste por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio.

Lo perseguido por la ley con el mecanismo de solidaridad es proteger a los trabajadores frente a la posibilidad de que el empresario quiera desarrollar su explotación económica por conducto de contratistas con el propósito fraudulento de evadir su responsabilidad laboral como lo indicó la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 9881 del 10 de septiembre de 1997.

Es así, que para determinar la responsabilidad solidaria debe haber una correspondencia entre las actividades ejecutadas por el trabajador y la empresa beneficiaria de la obra, pues, como se dijo, el objetivo de la figura legal en comento es que la empresa no evada la vinculación directa de los

[1] Folios 64 a 109.

trabajadores necesarios para explotar su objeto social o económico. En esa medida, la CSJ en sentencia radicado 30997 del 17 de junio de 2008, indicó que no todas las actividades prestadas por los trabajadores de los contratistas, hacen que surja la solidaridad para la beneficiaria. Solo ocurre ello cuando se trata de aquellas labores propias o esenciales de esta última.

En el mismo sendero, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en sentencia reciente SL 334 de 2020, ha señalado que de cara al establecimiento de la solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del CST, debe analizarse la labor individualmente desarrollada por el trabajador, para determinar si ella se corresponde con las actividades inherentes o esenciales al giro ordinario de la empresa usuaria.

A guisa de ejemplo, ha precisado la CSJ (ver sentencia SL 7789 de 2016) que para la realización de una obra, normalmente se requiere del concurso y colaboración de una de serie de personas que permiten cumplir con el objeto o finalidad de la misma, así como también es necesaria la prestación de servicios públicos tales como agua, alcantarillado, aseo luz eléctrica, teléfonos, etc. Pero ello no significa que las faenas tendientes al mantenimiento de los inmuebles donde se presta el servicio, se entiendan por esa sola circunstancia, inherente o propia de la actividad o labor que desarrolla a quien se le está prestando la asistencia, ya que, de ser así, todas las actividades entrarían en lo que constituye la excepción, como lo serían todas aquellas tendientes a la adecuación o sostenimiento de la planta, relacionados con el aseo, la pintura, la construcción, etc., porque ellas tan solo son un apoyo para el cabal cumplimiento de su labor.

Por manera que, cuando bajo los anteriores parámetros legales y jurisprudenciales se llega al caso concreto y se tiene que el accionante afirma

que fue contratado por JCG Ingeniería S.A.S, para desempeñar funciones de oficios varios en la construcción de conexiones de redes de gas, objeto del contrato de obra civil celebrado con Gases del Oriente S.A. ESP, lo cual coincide con el dicho del testigo Jorge Eliecer Gómez, quien indicó de manera precisa que la labor de aquél consistía en *"retirar el mugre o escombros de la obra contratada por Gases Del Oriente S.A. E.S.P.". S*ociedad esta que tiene como objeto según el certificado de existencia y representación legal visto a folios 8 a 17 *"la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas combustible y el desarrollo de todas las actividades complementarias a la prestación de dicho servicio. La compra, adquisición, almacenamiento, transporte, con vehículo de su propiedad o de empresas legalmente constituidas y por gasoductos, de hidrocarburos o sus derivados de todas las formas, pudiendo para ello constituir o ser socio o accionista de otras sociedades; construir y explotar yacimientos, pozos, gasoductos, oleoductos y en general todas aquellas obras necesarias para el cumplimiento del objeto".* Actividades que efectivamente adelanta, ya que, como queda demostrado presta el servicio de distribución de gas domiciliario en Cúcuta, sin mayor dificultad se colige que no existe la deprecada solidaridad laboral en los términos del artículo 34 del CST.

En efecto, nótese como si bien el objeto del contrato de obra civil No. GT-CR-102-06-12-2013 suscrito entre JCG Ingeniería S.A.S. y Gases del Oriente S.A. ESP, guarda relación con las labores propias o esenciales de esta última, pues, consistió en la ampliación de la red para la distribución de gas en el área metropolitana de Cúcuta (Los Municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario), lo cierto es que la tarea propiamente ejecutada por el demandante de oficios varios, más exactamente, retirar el mugre o escombros de la obra, no es inherente a la actividad que efectivamente adelanta el contratante (Gases del Oriente S.A. ESP), ya que, se reitera, éste se encarga de la prestación del servicio público domiciliario de gas en Cúcuta (fls. 8 a 17), y, las funciones de aseo y recolección del material que quedaba

(concreto o asfalto), no son más que labores de apoyo o asistencia para el cumplimiento de la función.

En otras palabras, no se configura el supuesto legal para que sea procedente la solidaridad reclamada, esto es, que la labor ejecutada por el actor, sea inherente o propia de la actividad que desarrolla a quien se le está prestando el servicio o ejecutando la obra, tal y como lo indicó la CSJ en sentencia con radicado 30.997 del 17 de junio de 2008 y en las providencias citadas anteriormente.

En cuanto a la afirmación del apelante, de que además de las labores de aseo, realizaba el encintado, demarcación y/o señalización, lo cierto es que, su laboreo según el dicho de Jorge Eliecer Gómez, testigo que merece credibilidad en su dicho porque se trata de un compañero de trabajo del actor, y por ende conocedor directo de los hechos, consistía únicamente en señalizar el punto de trabajo, donde ellos iban a recoger *"todo el material que quedaba fuera concreto o asfalto"* . Valga decir, no ejecutó labores relacionadas las actividades normales de Gases del Oriente S.A. E.S.P.. En otros términos surtió labores extrañas a la persona moral en mención.

No le asiste razón al recurrente cuando sostiene que la labor de "oficios varios " consistente en el retiro de escombro de concreto y asfalto, encintado, demarcación y/o señalización, eran necesarias o inherentes a la explotación del objeto social o económico de una empresa que se encarga de la prestación del servicio público domiciliario de gas como lo es Gases Del Oriente S.A., ya que, se itera, las actividades adelantadas por Diego Albeiro Gracias, tan solo constituían un apoyo para el cabal cumplimiento de las actividades propias del ente contratante. En virtud de todo lo dicho, se confirmará el proveído cuestionado.

Conforme al artículo 365 del C.G.P aplicado por remisión normativa prevista en el 145 del CPTSS, se condenará en costas a la activa. Se fijarán como agencias en derecho $100.000. Monto conforme al 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: CONFIRMAR la sentencia del 28 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la activa. Inclúyase como agencias en derecho $100.000. Liquídense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

ELVER NARANJO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

(Salva voto)

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

_____

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA
SALA DE DECISION LABORAL
SALVAMENTO DE VOTO
MAGISTRADA NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Radicado No. 2017-00280
Partida Tribunal No 18.627

Con mi acostumbrado respeto para mis compañeros de sala, les manifiesto que salvo mi voto respecto de la decisión de la sala mayoritaria de confirmar la sentencia del 28 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante para que se declarara la responsabilidad solidaria de GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. respecto de las condenas impuestas a su contratista JCG INGENIERÍA S.A.S y que fue negado en primera instancia.

Para llegar a esta conclusión, la Sala Mayoritaria determinó que conforme a lo demostrado en el expediente el actor no demostró cumplir con los parámetros legales y jurisprudenciales para que se declarara la responsabilidad solidaria pretendida, pues los servicios prestados a JCG INGENIERÍA S.A.S. y que beneficiaron a GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P., no era inherente a la actividad u objeto social del contratante sino meras labores de apoyo o asistencia para el cumplimiento de la función, al limitarse como auxiliar de oficios varios al aseo y recolección del mugre o escombros de la obra.

Bajo este entendido, no comparto esta conclusión pues desconoce que la actividad desplegada por el trabajador es útil y funcional a la obra contratada por el demandado y no resulta de mero apoyo o asistencia; como se destaca en el fallo, la obra contratada era la ampliación de la red para la distribución de gas en el área metropolitana de Cúcuta (Los Municipios de Cúcuta, Los Patios y Villa del Rosario) y la labor del actor era de oficios varios, acorde a los testigos específicamente retirar mugre o escombros de la obra. Es decir, sus labores de aseo y recolección no eran rutinarias, sino conexas a la actividad contratada.

Así lo ha explicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de junio de 2009 (Rad. 33.082) reiterada recientemente en providencia SL2633 de 2020 donde al respecto, se explica:

> "*(…) encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo,* ***lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya***

> ***ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste****. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que* ***si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado***".

Por otra parte, en providencia SL1894 de 2020 la Corte resalta que es necesario resolver sobre la conexidad entre lo contratado y las actividades normales de la empresa beneficiaria, dando prevalencia a la realidad y no simplemente comparando los registros formales.

De lo anterior se desprende, que no bastaba con comparar la actividad social de la empresa contratante con el oficio del trabajador de la contratista y con ello concluir que las labores de aseo y recolección eran ajenas o extrañas a la de GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P., pues se evidencia la conexidad al tratarse esta limpieza de los escombros resultantes de la obra de ampliación de la red de distribución de gas.

Considera la suscrita, que sin esta actividad no es posible concebir la finalización de la obra, por resultar inherente a toda obra de construcción que se garantice el adecuado retiro y recolección de los escombros que resultaban de la apertura y cierre del pavimento que debe abrirse para realizar la ampliación; como se dijo anteriormente, esto significa que no era un aseo rutinario, sino acompasado a la ejecución del contrato.

Por estas consideraciones, salvo mi voto sobre la decisión de negar la responsabilidad solidaria de GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. solicitada por el señor DIEGO ALBEIRO GARCÍA BECERRA para garantizar las condenas en su favor.

Atentamente.

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada

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

Treinta y uno (31) de Agosto de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2018-00033-00
RADICADO INTERNO:	**18.590**
DEMANDANTE:	GLADIS BELÉN CABALLERO CELIS
DEMANDADO:	BIOIMAGEN LTDA.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GLADIS BELÉN CABALLERO CELIS en contra de LABORATORIO BIOIMAGEN SOCIEDAD LIMITADA, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2018-000-00, y Radicación interna Nº **18.590** de este Tribunal Superior, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia del 8 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra La Sentencia del 8 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, que resolvió NEGAR las pretensiones de la parte actora y condenarle en costas.

1.2 Fundamento de la decisión

Dentro de sus consideraciones, el juez *a quo* argumentó lo siguiente:

- El objeto del litigio se enmarca en determinar si la demandada asumió las obligaciones derivadas de la relación de trabajo de la demandante, si esta tenía derecho a estabilidad laboral reforzada por salud que amerite su reintegro sin solución de continuidad para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones correspondientes.

- No es materia de controversia los hechos presumidos ciertos por inasistencia de la demandada a su interrogatorio de parte: 16, (17 no es susceptible), 18 (no prueba la cesión, 19 (no es susceptible), 20, 21 (impreciso), 26, 30 a 32 no se presumen y queda confesa entonces sobre los hechos que le son desfavorables: 2, 3, 4, 5, 8, 9, (no podían ser susceptibles de confesión) aplicando las mismas conclusiones a los restantes, corrigiendo

el error de haberlos declarado presumidos anteriormente por cuanto lo interlocutorio no ata al juez para lo definitivo.

- Durante el interrogatorio de parte la actora informó que trabajó hasta el 31 de enero de 2017, que le pagaban incapacidades, consignando en su cuenta de nómina. Supo por noticias que la entidad SALUDCOOP quedaba liquidada, la nómina del laboratorio pasó a BIOIMAGEN no fueron liquidados para diciembre y cuando buscó al jefe para el contrato de cesión, JESID POVEDA, le informó que no pertenecía a la nueva nómina, pero no hay razones por escrito.

- Está demostrado también, que la actora sufre pérdida de capacidad laboral del 38% con fecha de estructuración el 28 de agosto de 2016, por enfermedad inmunológica y está incapacitada desde el 21 de diciembre de 2017 al 20 de marzo de 2018 por no poder realizar actividad laboral, quedando en nómina transitoria de SALUDCOOP y alega, que aportó incapacidades, pero no hay certeza de que para el año 2015 durante la cesión, lo estuviera.

- En esa medida, informa la actora que no podía por razón de su enfermedad seguir laborando en el laboratorio por tener bajas las defensas y aporta el contrato de cesión que le llegó a sus otros compañeros, pero para el despacho está probado que no hubo cesión en su caso concreto y que Saludcoop asumió su responsabilidad como empleador hasta su extinción, manteniéndole en nómina transitoria, no siendo posible juzgar a BIOIMAGEN LTDA por cuanto con ella ninguna relación tuvo.

- Entonces, la terminación del contrato de trabajo se da por causa legal, al tenor del art. 61 numeral 1 literal 3 del C.S.T. – "por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento", y no por razón a su discapacidad que es un presupuesto normativo para la pretensión sustentada en la Ley 361 de 1997.

- Conforme a la línea jurisprudencial vigente, pese al reconocido estado de discapacidad que certifica con su calificación la actora, no es procedente el amparo cuando el despido está motivado en una causa justa y legal, pues si bien el despido inicialmente se presume discriminatorio es carga de la prueba del empleador acreditar la justa causa para evitar la ineficacia del despido y en todo caso, si la incapacidad es incompatible con las funciones, tampoco procederá la ineficacia.

- Para el presente caso se evidencia que a la actora se le incapacita el mismo día en que se suscribe el acta de terminación de la existencia de CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP; no existiendo prueba del estado de salud de la actora para el 1 de diciembre de 2015, cuando se suscitó el tránsito de personal de IPS SALUDCOOP a BIOIMAGEN y cuando se interpuso la demanda ya la actora había dejado pasar la oportunidad, pues quedó como trabajadora de la primera y no guarda ninguna relación laboral con la segunda.

- Que la figura de la sustitución laboral cuando se da el cambio del empleador, no se configura, pues no se avizora cambio de dueño o de empleador para el demandante, se avizora que algunos trabajadores pasaron de SALUDCOOP a BIOIMAGEN por una cesión suscrita entre las entidades y fueron quienes aceptaron, para el caso de la demandante siguió vinculada a SALUDCOOP hasta la extinción y sus derechos siguieron a cargo de ese empleador, no de la aquí demandada.

2. DE LA IMPUGNACIÓN

2.1. De la parte demandante

El apoderado de la parte demandante presenta recurso de apelación alegando que hubo prueba a través de la confesión ficta del representante legal BIOIMAGEN y del documento de cesión de contrato con SALUDCOOP, donde se demuestran los elementos que configuran la sustitución patronal pues operó el cambio de empleador por otro, subsistió la identidad del establecimiento pues no varió el giro de sus operaciones como certifican los documentos anexos al proceso incluyendo el comunicado del sindicato, dictamen de revisor fiscal y demás aportados.

3. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes no presentaron alegatos de conclusión.

4. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala de Decisión es el siguiente:

¿Si frente a la relación laboral que existió entre GLADIS BELÉN CABALLERO CELIS como trabajadora y CORPORACIÓN I.P.S. SALUDCOOP como empleador, se constituyó sustitución patronal hacia BIOIMAGEN LTDA., por la cual está empresa se vea obligada a responder por los derechos laborales reclamados de estabilidad laboral reforzada y las acreencias derivadas de esta?

6. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de Decisión, determinar si le asiste razón a la parte demandante GLADIS BELÉN CABALLERO CELIS al reclamar la ocurrencia de una sustitución patronal entre su empleador inicial CORPORACIÓN I.P.S. SALUDCOOP y la demandada BIOIMAGEN LTDA., por la que a este se le deban imponer el reconocimiento de sus derechos laborales derivados de su estado de discapacidad y por el que reclama reintegro sin solución de continuidad por estabilidad laboral reforzada.

El juez denegó las pretensiones, por estimar que conforme a lo probado en el proceso, la actora no hizo parte de los trabajadores que pasaron de SALUDCOOP a BIOIMAGEN en la cesión que suscribieron las empresas, pues su nómina siempre estuvo a cargo de SALUDCOOP y a diferencia de otros trabajadores nunca le fue ofrecido ser parte de la cesión, no cumpliéndose los requisitos para configurar la sustitución patronal; a lo que se opone la actora en su recurso, argumentando que a través de la confesión ficta del representante legal de BIOIMAGEN y del documento de cesión, se demuestra que operó el cambio de empleador y que subsistió la operación

natural del establecimiento como demuestran los demás documentos anexos.

Pasa la Sala a resolver lo correspondiente al alegato de una sustitución patronal acontecido respecto de las labores desempeñadas por la actora como trabajadora de CORPORACIÓN I.P.S. SALUDCOOP y que se alega cedió operaciones a BIOIMAGEN LTDA.

Al respecto, el artículo 67 del C.S.T. establece que:

> "*Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.*", agregando el artículo 68 que "*La sola sustitución de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes*".

Sobre este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado como criterio jurisprudencial, recientemente en Sentencia SL-1943 del 17 de febrero de 2016, M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ que:

> "(...) *la institución de la sustitución patronal tiene por fin amparar al trabajador contra una imprevista e intempestiva extinción del contrato producida por el cambio de un patrono por otro, cualquiera que sea la causa, ya se trate de mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte), enajenación del goce (arrendamiento, alquiler, etc.), alteración de la administración, modificación en la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier otra causa. Por consiguiente, cuando existe o media la sustitución patronal, los contratos de trabajo no se extinguen, son los mismos y deben continuar con el nuevo patrono.*"

Agregando el Tribunal de Cierre de esta Jurisdicción que "...*para que se produzca el fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan tres condiciones, a saber: a) el cambio de un patrono por otro; b) la continuidad de la empresa y c) la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo*".

En esa medida, cabe recordarse que entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice:

> "*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho".* A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: *"El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo".*

Por lo anterior, para acreditar la ocurrencia de una sustitución patronal, el demandante debe cumplir las condiciones descritas y aportar los medios de

prueba que evidencien la misma; para lo cual, obran al expediente las siguientes pruebas sobre este asunto:

- Certificado de existencia y representación legal de LABORATORIO BIOIMAGEN SOCIEDAD LIMITADA, cuyo objeto social es la prestación de servicios de salud en las áreas de apoyo diagnóstico y terapéutico a través del procesamiento de muestras en laboratorio clínico y patológico. (Fol. 2-7)

- Certificado de afiliación a E.P.S. CAFESALUD como cotizante de la actora, en estado suspendido por aportante CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP, expedido el 3 de febrero de 2016. (Fol. 18)

- Certificado de trabajo expedido por CORPORACIÓN I.P.S. SALUDCOOP, indicando que GLADIS BELÉN CABALLERO CELIS labora desde el 5 de junio de 2007 con contrato de trabajo a término indefinido y en la actualidad se desempeña como AUXILIAR DE LABORATORIO, con asignación mensual de $801.200, expedido el 13 de febrero de 2016 (Fol. 19)

- Dictamen No. 753 del 4 de agosto de 2016 proferido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER, calificando con 38% de pérdida de capacidad laboral a la actora por accidente laboral ocurrido el 2 de octubre de 2013 pero fecha de estructuración el 28 de junio de 2016. (Fol. 20-23)

- Sentencia de tutela de segunda instancia dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta el 5 de septiembre de 2017, amparando transitoriamente los derechos de la actora y ordenando a CAFESALUD EPS garantizar la afiliación en seguridad social en salud a la actora y asumir el pago de incapacidades hasta que se dirima la controversia laboral. (Fol. 25-32)

- Certificado expedido por BIOIMAGEN LTDA., indicando que no ha tenido vínculo laboral con GLADYS BELEN CABALLERO CELIS. (Fol. 77)

- Dictamen de revisor fiscal WILSON OROZCO, miembro de HOLL & HOLL AUDITORES INTERNACIONAL LTDA., dirigido a la junta de socios de Laboratorio Bioimagen Ltda. El 12 de febrero de 2016 (Fol. 115-167); de donde se destaca en página 25 del informe lo siguiente:

> "*Debido al crecimiento de la operación a nivel nacional, se incrementaron las obligaciones laborales, este aumento, se deriva de contratación de nuevo personal por la recepción de procesos contratados principalmente con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y las cesiones de contrato recibidas de la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP en intervención y GPP SALUDCOOP*"

Asimismo, en la página 49 se refiere a la existencia de un acuerdo de pago con CORPORACION IPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN realizado en diciembre de 2015 y del cual quedó un saldo que será perseguido en el proceso de acreencias.

- Documento titulado "*Cesión de contrato individual de trabajo con efectos de sustitución patronal entre Corporación IPS SALUDCOOP (En intervención) y Laboratorio Bioimagen Sociedad Limitada*", respecto de la trabajadora MARÍA FAYSULI SÁNCHEZ BUENDÍA, de fecha 19 de noviembre de 2015, solo con la firma de esta (Fol. 177-178), el cual fue aportado por la parte actora para demostrar la actuación que se había surtido con los demás empleados.

- Resolución No. 002667 del 31 de enero de 2017 expedida por la SUPERINTENDENCIA DE SALUD, donde se declara terminada la existencia legal de la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN. (Fol. 194-196)

- Interrogatorio de parte absuelto por la demandante GLADIS BELÉN CABALLERO CELIS, quien manifestó que laboró con CORPORACION IPS SALUDCOOP hasta el 31 de enero de 2017, para cuando le pagaban las incapacidades a través de su cuenta de nómina; explicó que sus compañeros de trabajo en el laboratorio clínico tuvieron sucesión de contrato a BIOIMAGEN, no se les afectó en nada, siguieron prestando servicios en diciembre de 2015 y ella llegó en ese momento de Bogotá a solicitar al jefe su contrato como les llegó a los otros compañeros pero le informó que ya no pertenecía a la nómina de Bioimagen, sin razones o escritos. Agregó que para entonces ya estaba incapacitada, porque su enfermedad es autoinmune y no podía desarrollar funciones dentro del laboratorio, por lo que Saludcoop la incluyó en una nómina transitoria.

- La inasistencia injustificada de la representante legal al interrogatorio de la parte demandada, conforme numeral segundo del artículo 77 del C.P.T.Y.S.S., conllevó a declarar confesados los hechos: 16- "*Se acordó que todo el laboratorio clínico de CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP sería asumido por BIOIMAGEN*", 20 – *"BIOIMAGEN LTDA. a partir del 1 de diciembre de 2015 siguió desarrollando el mismo objeto social que tenía CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP en cuanto a toma y análisis de muestras"* y 26 sobre la acción de tutela tramitada en su favor.

Respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación n.° 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que:

> "*no están sometidos a la tarifa legal, como quiera que atendiendo los mandatos previstos en el artículo. 61 del CPTSS, ostentan la facultad legal de apreciar libremente los medios de prueba y así formar de manera libre su convencimiento, atendiendo, eso sí, el principio de la sana crítica, lo que conlleva a que sus conclusiones, mientras no sean descabelladas, queden amparadas por la presunción de legalidad y acierto*" y concluyen que las decisiones se deben fundamentar en los "*elementos probatorios que le merezcan mayor persuasión y credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico*".

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios deben encontrarse acreditados los 3 elementos de la sustitución patronal para hacer viables las pretensiones reclamadas por la actora, sobre

que BIOIMAGEN LTDA. asuma las obligaciones laborales del contrato de trabajo que inició entre ella y CORPORACIÓN I.P.S. SALUDCOOP; estos, se recuerda son: *a) el cambio de un patrono por otro; b) la continuidad de la empresa y c) la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo*.

La Sala encuentra que de los elementos probatorios reseñados se desprende con meridiana claridad la ocurrencia de los 2 primeros elementos, como señala la demandante en su recurso de apelación; no solo porque se corresponden con los hechos declarados confesos, sino porque además se verifican a través del informe de revisor fiscal, donde quedó constancia clara sobre la recepción de la actividad que ejercía CORPORACIÓN I.P.S. SALUDCOOP en Cúcuta a través de los laboratorios que cedió a BIOIMAGEN LTDA., lo que conllevó a asumir algunos trabajadores y se puede apreciar que sobre estas situaciones se presentaron documentos a los trabajadores para proceder con la sustitución patronal, por lo que la actividad de la CORPORACIÓN I.P.S. SALUDCOOP fue continuada por la demandada y ésta se erigió como el nuevo patrono de los trabajadores del laboratorio clínico.

No sucede lo mismo con el último requisito, debido a cómo afirmó el juez a quo, de ningún elemento probatorio se desprende que la actora hubiera prestado servicios para BIOIMAGEN LTDA. o que siquiera esta entidad asumiera obligaciones sobre la carga prestacional derivada de las incapacidades en que permanecía la señora CABALLERO CELIS; por el contrario, la actora en su interrogatorio de parte es enfática al afirmar que su salario le era consignado por SALUDCOOP, pues nunca hubo hacia ella ofrecimiento para ser trasladada a BIOIMAGEN LTDA., y en su lugar fue ingresada a una nómina transitoria a cargo de la entidad en liquidación.

Esto puede verificarse en la acción de tutela que fue fallada en su favor, donde se relata que la actora quedó en nómina de SALUDCOOP luego de la cesión de su laboratorio y en ningún momento, hubo una actuación de BIOIMAGEN LTDA. tendiente a dar continuidad a su contrato de trabajo tras la recepción del laboratorio de SALUDCOOP y la parte actora no aportó testimonios que hubieran podido indicar sobre las condiciones en que se realizó el traslado de trabajadores; no siendo dable colegir del material probatorio obrante que se configure la continuidad en la prestación de servicios que haría procedente la sustitución patronal para el caso de la señora CABALLERO CELIS, siendo insuficientes los dos elementos que se resaltan en la apelación y sin que influya el hecho de que sí se presentara con otros trabajadores, pues cada contrato laboral es individual e independiente.

A igual conclusión arribó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL182 de 2020, donde se analizó un alegato similar a la del apelante por parte de un trabajador de la Empresa de Acueducto y Saneamiento Básico (EDASABA) que no fue trasladado a la nueva empresa Aguas de Barrancabermeja S.A. E.S.P. y donde si bien se demostraron los 2 primeros elementos, no se probó la continuidad en la prestación de servicios, reclamando el allí demandante como lo hace en este caso la parte apelante, que con esto era suficiente para acceder a las pretensiones y a lo cual contestó la Corte que el recurrente:

> "*olvida que esta institución se concreta de manera individual, de ahí que se predique entre sujetos de una relación regida por un contrato de trabajo, lo que debería*

> *haber demostrado es que continuó laborando sin alteración alguna, a pesar del cambio de empleador y ante la prolongación de la actividad empresarial, supuestos que, se insiste, no están demostrados*."

Significa lo anterior, que el interesado en demostrar los elementos constitutivos de su pretensión no cumplió adecuadamente con la carga probatoria que le asistía, y por ende, se le debe imponer la consecuencia desfavorable de no acceder al reconocimiento de los derechos reclamados; en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la demandada BIOIMAGEN LTDA. de las pretensiones incoadas en la demanda.

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la demandante y se fijarán como agencias en derecho la suma de $250.000 a favor de la demandada.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 8 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

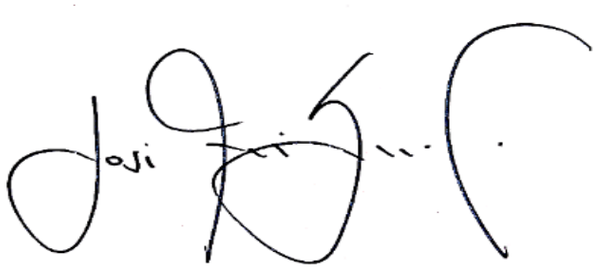
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte actora. Fíjense como agencias en derecho de segunda instancia la suma de $250.000 a favor de COLPENSIONES.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

Magistrado



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

Secretario

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

Treinta y uno (31) de Agosto de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2018-000368-00
RADICADO INTERNO:	18.497
DEMANDANTE:	IVAN SAN JUAN RINCÓN
DEMANDADO:	NOHEMI AMAYA DE PETERSON

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, dentro del proceso ordinario Laboral de primera instancia instaurado por IVAN SAN JUAN RINCÓN contra NOHEMI AMAYA DE PETERSON con Radicación única 54-001-31-05-004-2018-00368-00 y Radicado interno No 18.497, para resolver la impugnación presentada por la parte demandante contra La Sentencia del 25 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES RELEVANTES:

1.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra La Sentencia del 25 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta que declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes a término indefinido; declaró probada la excepción de prescripción de derechos laborales anteriores al 16 de marzo de 2015, conforme a lo considerado; y condeno a la pasiva a pagar la cotización pensional del mes de noviembre de 2008 a Colpensiones con los intereses del caso.

1.2. Fundamento de la decisión impugnada

El juez, fundamentó la decisión de primera instancia así:

1. Indica, que en el presente caso existió un contrato de trabajo a término indefinido del 1º de abril de 2014 al 30 de marzo de 2015, y continuo el 1º de abril de 2015 al 15 de agosto de 2015 fecha de su terminación, acreditándose los pagos prestacionales y vacaciones con un salario muy superior al mínimo para los años 2014 y 2015.

2. Sin embargo, señaló que no está probado la terminación del contrato de trabajo sin justa causa que le diera lugar a la indemnización, y al contestar la demanda la accionada señaló que el actor abandonó sus labores, situación que fue corroborada con los testigos especialmente el señor OSCAR ORLANDO GEURRERO GALVIZ.

3. Declaró prescritos los derechos anteriores al 16 de marzo de 2015 según lo dispuesto en el artículo 488 del C.S.T y 489 en concordancia con el 151 del CPT y SS.

4. Que las prestaciones del 16 de marzo de 2015 hasta el 15 de agosto de 2015 se encuentran pagas.

5. Negó el pago de dotación y calzado, horas extras, nocturnas, dominicales y festivos por falta de prueba.

6. En cuanto a la sanción moratoria por no consignación de las cesantías al fondo, señaló que se le pago directamente al trabajador en la liquidación del 30 de marzo de 2015, por cuanto las cesantías no van al fondo sino que se pagan directamente al trabajador, que de igual forma aconteció para el nuevo contrato que se inicia el 1º de abril de 2015 al 15 de agosto de 2015, y se le canceló la liquidación al momento de terminar el mismo, por lo señaló que n existe razón para imponer condena a la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990

2. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

De la parte Demandante

El apoderado de la parte demandante sustenta su recurso de apelación señalando lo siguiente:

1. Que en el interrogatorio de parte del demandante no se le hizo la pregunta acerca de los motivos que propiciaron el abandono del puesto de trabajo, y que permiten concluir que la relación de trabajo fue terminada de manera unilateral por parte del empleador, por lo que considera se debe condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

2. Que no se cumple en la providencia las pretensiones de la demanda en atención a que se tuvieron en cuenta unos pagos que no están estrictamente certificado de puño y letra del demandante.

3. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad concedida en auto que antecede, las partes presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

3.1 Parte demandante

La actora indicó que la parte demandada sostiene al responder el hecho 23 de la demanda, que la terminación de la relación no puede achacársela a la demandada por cuanto fue el demandante quien abandonó su puesto de trabajo. Sin embargo, no se puede considerar que fue el demandante quien hizo abandono del sitio de trabajo pues la demanda se presentó

precisamente por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.

Agregó que los testigos asomados por la parte demandada como el señor Raymond Peterson Amaya, quien es hijo de la demandada y propietaria del establecimiento comercial, al igual que el testigo Oscar Orlando Guerrero Galvis, y Blanca Elena Mogollón que fueron tachados en la audiencia de juzgamiento, son testigos sospechosos, pues el primero es el hijo de la demandada, y los otros dos subalternos empleados de la demandada, por lo anterior, consideró que esa afirmación del empleador debió desestimarse por el juez de primera instancia y darle al demandante la presunción de no estar formulando una demanda temeraria.

Indicó, que si se revisa la demanda existen una serie de pretensiones a fin de lograr el pago de prestaciones sociales y vacaciones por parte del empleador, las cuales, al momento de contestar la demanda se anexan unos pagos que pretenden hacerse ver como pagos recibidos pero que en realidad no corroboran que dichos pagos se realizaron, por lo que están vigentes y son exigibles.

Finalmente, señaló que el apoderado de la parte demandada propone la excepción de prescripción sin soporte alguno, pues no señala los periodos de donde se deduce la prescripción de la acción, que van desde la terminación unilateral del contrato por parte de la empleadora hasta el momento de la instauración de la acción indemnizatoria, por lo que califica como temeraria la proposición de ésta excepción, y en igual sentido la excepción de cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa

3.2 Parte demandada

No presentó alegatos.

4. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

5. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente:

1. ¿Si en el presente caso el señor IVAN SAN JUAN RINCÓN tiene derecho a que la demandada NOHEMI AMAYA DE PETERSON como propietaria de los Establecimientos de Comercio denominados REPOSO DEL GUERRERO y EL JARDIN DE LOS DIOSES, le reconozca la indemnización por despido injusto de que trata el artículo 64 del C.S.T. y se le paguen unas acreencias que le quedaron adeudando?

6. CONSIDERACIONES:

6.1. Premisas Jurídicas

Las normas que se aplicaran para la resolución de la controversia planteada son las que a continuación se enuncian:

- ✓ Artículo 64 del C.S.T

6.2. Decisión de Fondo

Lo primero es señalar que de conformidad con el principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.S.T, el debate en el presente asunto se dirigirá a lo que fue objeto de impugnación, como es el determinar si el demandante IVAN SAN JUAN RINCÓN fue despedido sin justa causa por su empleador NOHEMI AMAYA DE PETERSON propietaria de los Establecimientos de Comercio denominados REPOSO DEL GUERRERO y EL JARDIN DE LOS DIOSES, y como consecuencia de ello, debe condenarse a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización a que hace referencia el artículo 64 del C.S.T. y a que se revise la decisión del juez de instancia, de tener en cuenta unos pagos que no están estrictamente certificados de puño y letra del demandante.

En lo que respecta a la indemnización por despido injusto, los distintos lineamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señalan, que el trabajador que pretende indemnización por despido sin justa causa está llamado a probar que fue despedido, mientras que su empleador asume la carga de probar la justa causa que invoca, sin que posteriormente pueda invocar una diferente a la inicialmente endilgada.

Por lo tanto, en cuanto al despido injusto, la carga de la prueba recae tanto en el trabajador como en el empleador pues, corresponde al trabajador demostrar el despido y al empleador su justificación.

Con relación a la carga de la prueba del empleador para justificar el despido, es preciso advertir, que no basta con que se demuestre que al trabajador se le invocaron unos hechos que configuran una de las justas causas señaladas en el art. 62 del C.S.T, para dar por satisfecho este requisito y exonerarse de las consecuencias indemnizatorias consagradas en el art. 64 del C.S.T, por el despido injusto, sino que además debe demostrar que los hechos que aduce efectivamente sucedieron y que fueron esos y no otros los que conllevaron a su determinación de dar por terminado el contrato. (sentencia del diecisiete (17) de febrero de dos mil nueve (2009). Magistrado Ponente: CAMILO TARQUINO GALLEGO Radicación No. 33758)

Teniendo en cuenta que el trabajador que alega la acusación de derechos originados en un despido injusto, debe demostrar el hecho simple del despido, y al empleador le corresponde acreditar la ocurrencia de la justa causa legal que le permitió realizar el mismo, se considera que en este caso el demandante incumplió con la carga procesal de que trata el artículo 167 del C.G.P de acreditar el despido, pues no existe prueba en el plenario del mismo, más aun cuando el testigo OSCAR ORLANDO GUERRERO GALVIZ declaró que el actor abandonó sus labores una vez se le dio la indicación de trabajar en el establecimiento el "JARDIN DE LOS DIOSES", y ante ello, se hace imperioso absolver a la demandada por este concepto.

De igual forma, si bien la parte actora en su recurso de apelación trata de plantear la ocurrencia de un despido indirecto en atención a los presuntos motivos que propiciaron el abandono del cargo, la Sala observa que en el

escrito de demanda no se hizo referencia a un despido indirecto, sino a la terminación sin justa causa del contrato de trabajo por parte del trabajador, de tal manera que en virtud al principio de consonancia de que trata el artículo 281 del C.G.P. dicha pretensión se analizó en los términos expuestos en la demanda, esto es, terminación del contrato de trabajo sin justa causa y mal puede entrarse a resolver un hecho que no fue planteado y discutido en primera instancia.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad del recurrente respecto a que no se cumple en la providencia las pretensiones de la demanda en atención a que se tuvieron en cuenta unos pagos que no están estrictamente certificado de puño y letra del demandante, debe decirse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido el deber del apelante de cuestionar, en concreto, y no genéricamente, las decisiones del juez de primer grado a efectos de definir el radio de acción a la decisión de alzada, (SL489 de 2020), por ende, al no definir el apelante en concreto, cual pago no se hizo a favor del demandante, resulta imposible para la Sala identificar la inconformidad y por ende pronunciarse respecto de éste.

En consecuencia, de lo anterior, la Sala de Decisión Laboral confirmará la sentencia recurrida de fecha 25 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

Finalmente, al no ser favorable el recurso interpuesto por la parte actora se condenará en costas de segunda instancia; fijando como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a 1. SMLMV.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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 y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada de fecha 25 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte actora, fijando como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a 1SMLMV a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES

MAGISTRADA PONENTE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

MAGISTRADO

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 1º de septiembre de 2020

_____

SECRETARIO

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

RAD: 54-498-31-05-001-2018-00382-00

REF: ORDINARIO

DEMANDANTE: ANDRÈS MAURICIO RODRÌGUEZ RUEDAS

DEMANDADO: SERVICIOS POSTALES NACIONALES 4-7-2 S.A.

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por la pasiva contra la sentencia del 03 de marzo de la anualidad que avanza, proferida por el juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña N. de S., en el proceso ordinario de la referencia.

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVER NARANJO

P.T.No.19031

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

_____
Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

RAD: 54-498-31-05-001-2019-000419 00

REF: EJECUTIVO

DEMANDANTE: LEONARDO AUGUSTO AREVALO GENTIL

DEMANDADO: SUB OCAÑA S.A.S.

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por la activa contra la sentencia del 24 de febrero de la anualidad que avanza, proferida por el juzgado único laboral del Circuito de Ocaña en el proceso ordinario de la referencia.

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVER NARANJO

Magistrado

P.T.No.19020

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 071, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 01 de septiembre de 2020.

_____

Secretario