



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

Cúcuta, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO : ESPECIAL EN APELACIÓN
RAD. ÚNICO : 540012205000-2020-00015-00
P.T. : 18999
DEMANDANTE : JESÚS MARIA CARRILLO CONTRERAS
DEMANDADO : MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-DIRECCIÓN DE
SANIDAD-SECCIONAL CÚCUTA

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Realizado el examen preliminar, se admite el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la parte demandada contra la sentencia S2019-001109 del 22 de agosto de 2019, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud-Superintendente delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.
Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



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

Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	EJECUTIVO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2014-00024-00
RADICADO INTERNO:	18.696
DEMANDANTE:	CLAUDIA YAMILE SÁNCHEZ RAMÍREZ
DEMANDADO:	A.R.L. POSITIVA

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso EJECUTIVO A CONTINUACIÓN de proceso ordinario laboral promovido por CLAUDIA YAMILE SÁNCHEZ RAMÍREZ, contra A.R.L. POSITIVA, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2014-00024-00, y Radicación interna N.º **18.696** de este Tribunal Superior para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra del auto del 11 de julio de 2019, proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta que resolvió las excepciones propuestas. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede esta Sala a resolver la impugnación.

1. ANTECEDENTES

La señora CLAUDIA YAMILE SÁNCHEZ, mediante apoderado judicial, presentó solicitud de ejecución de la sentencia, proferida por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, de fecha 30 de enero de 2018, mediante la cual se confirma y adiciona lo resuelto el 18 de marzo de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de librar mandamiento de pago a cargo de A.R.L. POSITIVA, por la suma de \$43.968.894 por concepto de retroactivo pensional causado del 23 de enero de 201, hasta la inclusión en nómina y la suma de \$3.124.968 por concepto de costas.

La A.R.L. POSITIVA S.A. presentó excepciones de mérito contra las pretensiones de la ejecutante: PAGO TOTAL, COMPENSACIÓN, ILEGALIDAD DEL MANDAMIENTO DE PAGO, FALTA DE EXIGIBILIDAD DE LA SENTENCIA EJECUTADA e INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA. Fundadas en que la entidad previo a la orden de reconocer la pensión de invalidez, había venido cancelando a la actora incapacidades temporales y conforme a los artículos 9 y 10 de La Ley 797 de 2003, estas son incompatibles con las mesadas pensionales, por lo que solo se canceló el retroactivo por los lapsos en que no hubo incapacidades y las mesadas adicionales, los cuáles junto con las costas fueron canceladas mediante título judicial consignado el 18 de julio de 2018.

2. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del auto impugnado.

Mediante auto interlocutorio del 11 de julio de 2019 el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta resolvió:

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

SEGUNDO: Seguir adelante la ejecución incoada por CLAUDIA YAMILE SÁNCHEZ RAMÍREZ por los valores y conceptos ordenados en mandamiento de pago del 4 de mayo de 2018.

TERCERO: Ordenar a las partes presentar la liquidación de crédito.

CUARTO: Condenar en costas a la ejecutada.

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez, fundamenta la decisión de primera instancia en lo siguiente:

- Que se tiene como título base de la ejecución la Sentencia del 18 de marzo de 2015 emitida en primera instancia por el Juzgado que fue modificada por decisión de segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial y los autos que aprueban costas, por los cuáles se libró mandamiento de pago en auto del 4 de mayo de 2018 conforme al artículo 100 del C.P.T.Y.S.S., contra lo cual se propusieron como excepciones el PAGO TOTAL, COMPENSACIÓN, ILEGALIDAD DEL MANDAMIENTO DE PAGO, FALTA DE EXIGIBILIDAD DE LA SENTENCIA QUE SE EJECUTA e INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA.

- Que, frente a la excepción de compensación es de precisar, que no cumple con los presupuestos legales del artículo 1714 del Código Civil que señala *“Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas”*, pues la parte demandante en momento alguno puede considerarse deudora.

- Que, analizado el cuadro visto a folios 563 y 564, se establece que el último pago fue realizado en enero de 2018, siendo las decisiones de segunda instancia y los autos de obedézcase y cúmplase posteriores a las situaciones que se alegan como susceptibles de compensación, contrariando lo establecido en el mismo numeral 2 del artículo 442 del C.G.P. sobre que deben ser hechos posteriores y resaltando que es el Tribunal el que determina en su providencia el valor del retroactivo a pagar.

- Que, sobre el pago total propuesto, aunque efectivamente se consignó título judicial de manera posterior a las providencias que se ejecutan, se trata de un valor inferior al que se ejecuta y a la fecha no se ha entregado al demandante; por lo que las excepciones propuestas no están llamadas a prosperar y se deben declarar no probadas, ordenando seguir adelante la ejecución conforme al mandamiento de pago.

3. RECURSO DE APELACIÓN

La parte ejecutada presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión, con fundamento en lo siguiente:

- Que existe una indebida valoración de la prueba e indebida aplicación de la norma, pues la entidad ha venido cancelando la totalidad de la pensión de invalidez desde la fecha de causación, teniendo en cuenta el pago de las incapacidades temporales canceladas por la entidad.

- Que la Ley 776 de 2002, establece expresamente la incompatibilidad entre las incapacidades temporales y las mesadas de pensión de invalidez, en aras de evitar un doble pago al sistema y se desconoce que el trabajador que infrinja esa disposición debe ser investigado por el cobro indebido sin perjuicio de las retribuciones a que haya lugar, por lo que está suficientemente acreditada la ocurrencia de la compensación.

- Que el apoderado demandante falta a la verdad cuando afirma que no se ha cancelado el retroactivo pensional, pues ya se adelantó el cumplimiento de la sentencia a través de lo explicado en la proposición de excepciones: tanto a través del pago de incapacidades como por el título judicial consignado.

4. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado de la parte actora alega que la ARL POSITIVA no ha dado pago total a la obligación consagrada argumentando el pago de incapacidades y recortando estos del retroactivo realizado pese a que no estaban plenamente demostradas. De esta manera, incluyó a la actora en nómina desde junio de 2018, sin cancelar el retroactivo y no se dijo en las sentencias de instancia que estaba autorizada la accionada a descontar de las mesadas pensionales suma alguna, debiendo haberlo alegado en su momento y no a instancias propias. Por ello, solicita se proceda al pago liquidado en sentencia de segunda instancia con el descuento del valor consignado, que arroja una suma de \$30.110.181

- **PARTE DEMANDADA:**

No presentó 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. CONSIDERACIONES

Con el fin de resolver el recurso de apelación puesto a consideración de esta Sala de Decisión, contra el auto que resolvió las excepciones de mérito, es necesario advertir que el presente proceso ejecutivo de cumplimiento de

sentencia, encuentra su origen en La Sentencia del 18 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se condenó a la demandada, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a reconocer a la señora CLAUDIA YAMILE SÁNCHEZ RAMÍREZ pensión de invalidez a partir del 24 de septiembre de 2013, con sus respectivos intereses moratorios y condena en costas (Fol. 429-430). Decisión que fue parcialmente confirmada por la Sala Laboral de este Tribunal Superior en segunda instancia, el 30 de enero de 2018, donde se revocó el reconocimiento de intereses moratorios y se adicionó la condena en concreto, condenando en costas a la demandada de segunda instancia (Fol. 519-520).

Posteriormente, en memorial del 10 de abril de 2018 (Fol. 534-538), el apoderado de la parte actora solicita se libre mandamiento de pago a su favor por las condenas impuestas y liquidadas por el Tribunal en \$43.968.894 más la suma de \$3.124.968 correspondiente a las costas de ambas instancias, lo cual fue ordenado por el Juzgado en providencia del 4 de mayo de 2018 (Fol. 539-541), contra lo cual la accionada POSITIVA S.A. presentó las excepciones de PAGO TOTAL, COMPENSACIÓN, ILEGALIDAD DEL MANDAMIENTO DE PAGO, FALTA DE EXIGIBILIDAD DE LA SENTENCIA EJECUTADA e INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA.

De conformidad con el numeral 2 del artículo 442 del C.G.P., norma aplicable al procedimiento laboral por analogía según el artículo 145 del C.P.T.S.S., establece que *“Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida.”*.

Conforme al objeto del recurso de apelación, esta Sala de Decisión procederá a pronunciarse sobre si efectivamente estuvo acreditado el pago total de la obligación reclamada.

Hay que tener en cuenta, que el pago es la prestación de lo que se debe, es decir, es el cumplimiento de la obligación, a través del cual se extingue ésta, satisfaciendo el interés del acreedor y liberando al deudor; de forma que, para extinguir la obligación, el pago de la deuda debe ser completo, según lo establecen los artículos 1625 y s.s. del Código Civil.

Al respecto, el artículo 1634 de la mencionada codificación, dispone, que para que el pago sea válido debe hacerse al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entiende todos los que hayan sucedido en el crédito a un título singular) o a la persona que la ley o el juez autorice recibir para el cobro.

Igualmente, se estableció en el Código General del Proceso como principio de la actividad probatoria la necesidad de la prueba (Art. 164), para justificar toda decisión judicial y que estas lleguen oportunamente al proceso. De la misma manera en el Art. 167 CGP, se impone la carga de la prueba a quien invoca el supuesto de hecho.

Para el caso concreto, el objeto de la controversia se limita en los términos del recurso de apelación, en que la entidad demandada afirma que no está en la obligación de cancelar mesadas por períodos que previamente había cubierto

mediante incapacidades temporales y que su pago corresponde al saldo insoluto de estos periodos, lo cual fue rechazado por el juez *a quo* estableciendo que no se alegaron hechos posteriores a la sentencia y el título judicial obrante al proceso no cubre la suma liquidada en segunda instancia. Afirmando por su parte el apelante, que hubo una indebida valoración de las normas y pruebas que regulan este asunto, pues existe imposibilidad jurídica para efectuar el doble pago que se pretende y que inclusive puede llevar a que se investigue al trabajador que perciba al tiempo incapacidades y pensión de invalidez.

La norma que invoca la accionada para respaldar sus excepciones, es el parágrafo 2° del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, que establece:

*“No hay lugar al cobro simultáneo de las prestaciones por incapacidad temporal y pensión de invalidez. Como tampoco lo habrá para pensiones otorgadas por los regímenes común y profesional originados en el mismo evento.
El trabajador o quien infrinja lo aquí previsto será investigado y sancionado de acuerdo con lo dispuesto en las leyes vigentes, sin perjuicio de las restituciones a que haya lugar por lo cobrado y obtenido indebidamente.”*

Al respecto, al contestar la solicitud de ejecución la A.R.L. POSITIVA puso en conocimiento del juzgador que había venido reconociendo y cancelando a la señora SÁNCHEZ RAMÍREZ incapacidades temporales en los siguientes periodos posteriores a la fecha de estructuración, que fue el 24 de septiembre de 2013, mediante certificado de reporte de incapacidades canceladas que fue aportado en medio magnético visto a folio 569, que no fue tachado de falsedad ni controvertido por el ejecutante, cuyo contenido se resume en el siguiente cuadro:

Año	Fecha inicial	Fecha final	Días
2013	06/09/2013	25/09/2013	20 (2)
	26/09/2013	05/10/2013	10
	06/10/2013	25/10/2013	20
	25/10/2013	04/11/2013	10
	05/11/2013	08/11/2013	4
	09/11/2013	28/11/2013	20
	29/11/2013	08/12/2013	10
	09/12/2013	11/12/2013	3
	12/12/2013	31/12/2013	20
2014	01/01/2014	10/01/2014	10
	11/01/2014	15/01/2014	5
	16/01/2014	04/02/2014	20
	05/02/2014	14/02/2014	10
	15/02/2014	06/03/2014	20
	07/03/2014	16/03/2014	10
	17/03/2014	05/04/2014	20
	06/04/2014	15/04/2014	10
	16/01/2014	21/04/2014	6
	22/04/2014	11/05/2014	20
	12/05/2014	17/05/2014	6
	18/05/2014	01/06/2014	15
	02/06/2014	16/06/2014	15
	17/06/2014	21/06/2014	5
	24/06/2014	28/06/2014	5
	01/07/2014	15/07/2014	15

	16/07/2014	30/07/2014	15
	31/07/2014	14/08/2014	15
	15/08/2014	24/08/2014	10
	25/08/2014	26/08/2014	2
	27/08/2014	05/09/2014	10
	06/09/2014	10/09/2014	5
	11/09/2014	15/09/2014	15
	16/09/2014	30/09/2014	5
	01/10/2014	15/10/2014	15
	16/10/2014	30/10/2014	15
	31/10/2014	14/11/2014	15
	15/11/2014	29/11/2014	15
	30/11/2014	14/12/2014	15
	15/12/2014	29/12/2014	15
2015	13/01/2015	19/01/2015	7
	20/01/2015	24/01/2015	5
2016	14/03/2016	28/02/2016	15
	29/03/2016	12/04/2016	15
	13/04/2016	27/04/2015	15
	28/04/2016	12/05/2016	15
	13/05/2016	27/05/2016	15
	12/06/2016	26/06/2016	15
	27/06/2016	11/07/2016	15
	12/07/2016	26/07/2016	15
	27/07/2016	10/08/2016	15
	11/08/2016	25/08/2016	15
	26/08/2016	09/09/2016	15
	10/09/2016	09/10/2016	30
	10/10/2016	08/11/2016	30
	09/11/2016	24/11/2016	16
2017	27/11/2017	11/12/2017	15
	12/12/2017	18/12/2017	7
2018	18/01/2018	27/01/2018	10
	29/01/2018	12/02/2018	15
	13/02/2018	24/02/2018	12
	26/02/2018	12/03/2018	15
	13/03/2018	16/03/2018	4
	23/03/2018	19/04/2018	28

*Se resaltan los períodos en cuyos lapsos existen vacíos

Sobre este asunto, el ejecutante al descorrer las excepciones se opone a que estas incapacidades puedan constituir pago alguno, por no haberse autorizado en las sentencias del proceso ordinario que se hicieran descuentos a las mesadas pensionales y tampoco fue alegado por la ejecutada en su respectiva oportunidad procesal.

Para dirimir esta controversia, es necesario recordar que conforme al artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley y tienen como criterios auxiliares la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina; siendo este un deber insoslayable que rige para todas las decisiones que se adopten y resulta de importancia en el ámbito de la seguridad social, donde las cargas prestacionales deben resultar del estricto cumplimiento a los preceptos legales para garantizar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema, como se resalta en providencias SL379 de 2019, SL4163 de 2019 y SL1244 de 2020 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En esa medida, es imposible desconocer que por expresa disposición legal se estableció que las mesadas por pensión de invalidez son incompatibles con el cobro de incapacidades temporales; norma que tiene como finalidad evitar que el sistema de riesgos laborales responda dos veces por el cubrimiento del mismo hecho, como es la imposibilidad física de desempeñar funciones por pérdida de la capacidad laboral, ya que se trata de prestaciones causadas y respaldadas en la misma cotización.

Lo anterior conlleva, a que una vez demostrada la existencia de períodos en que se reconocieron incapacidades temporales y que son posteriores a la fecha de estructuración, es ineludible el deber tanto de la Administradora de Riesgos Laborales como del Juzgador, de aplicar la norma que declara la incompatibilidad para percibir simultáneamente mesadas por pensión de invalidez.

Ahora bien, como resalta el demandante, la existencia de incapacidades nunca fue debatida en el proceso ordinario y por ello no hubo pronunciamiento al respecto en la decisión de segunda instancia al momento de liquidar el retroactivo; sin embargo, esto no puede servir como excusa para contravenir una disposición legal que es de aplicación automática y cuyo cumplimiento corresponde a las administradoras del sistema, conforme a los artículos 2 y 4 del Decreto Ley 1295 de 1994, sin que se pueda predicar que se trata de descuentos indebidos o no autorizados por cuanto devienen de una disposición concreta del ordenamiento jurídico.

Situación similar ha ocurrido, por ejemplo, con los descuentos para aportes en salud a los pensionados; en providencia SL1244 de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ante un argumento del demandante que se oponía al descuento de salud aplicado por la Administradora al no estar contenido en las sentencias de primera o segunda instancia, responde que *“el hecho de que el respectivo juzgador de instancia no confiera una autorización expresa al fondo de pensiones para realizar los descuentos con destino al sistema de salud no se puede traducir, en manera alguna, en una negación de esa potestad que, se repite, representa en realidad una de las obligaciones típicas del respectivo fondo, que opera por mandato legal insoslayable”*. Razonamiento que la Sala traslada a este caso particular, pues tanto el descuento de salud como la incompatibilidad de incapacidades y pensión de invalidez, son imposiciones que la norma consagra para las administradoras del Sistema de Seguridad Social y no se condicionan en manera alguna.

Así mismo, en providencias T-468 de 2010, T-004 de 2014 y T-097 de 2015, la Corte Constitucional resalta que en manera alguna puede haber lugar al pago simultáneo de prestaciones por concepto de incapacidad y de pensión de invalidez, por tratarse de una estipulación normativa de obligatorio cumplimiento.

Cabe resaltar, que el mismo párrafo consagra que el trabajador que desconozca la incompatibilidad será sancionado, investigado y deberá restituir lo cobrado indebidamente y además el artículo 49 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social consagra el principio de lealtad procesal; en virtud del cual, las partes deben comportarse con lealtad y probidad en el proceso, al tiempo que el Juez puede hacer uso de sus poderes para rechazar cualquier acto que implique perseguir un fin prohibido por la ley, como sucedería en este caso de permitirse que una persona perciba doble prestación

del mismo subsistema pese a la existencia de una estricta prohibición legal.

Fluye de lo expuesto, que asiste razón al apelante cuando reclama la indebida valoración normativa que realizó el A Quo y que conllevó a no revisar las pruebas aportadas sobre pago, respaldado en la existencia de incapacidades temporales, a lo que se procede por parte de la Sala en cumplimiento al parágrafo 2 del artículo 10 de la Ley 776 de 2002.

Por lo anterior debe entenderse que los períodos donde hubo incapacidades no puede perseguirse el cobro de mesadas y sobre ellas existe entonces pago de la obligación, quedando pendiente el saldo insoluto correspondiente a las mesadas adicionales y las mesadas causadas en los lapsos de tiempo en que no se demostró la existencia de incapacidades desde la fecha de estructuración, el 24 de septiembre de 2013, hasta la inclusión en nómina de junio de 2018, que se relacionan según los espacios que se resaltaron en el cuadro anterior, arrojando el siguiente resultado:

Año	Fecha inicial	Fecha final	Días
2014*	22/ 07 /2014	23/ 07 /2014	2
	29/ 07 /2014	30/ 07 /2014	2
	30/12/2014	30/12/2014	1
2015	01/01/2015	12/01/2015	12
	25/01/2015	30/01/2015	6
	01/02/2015	31/12/2015	330
2016	01/01/2016	13/03/2016	73
	28/05/2016	30/05/2016	3
	01/06/2016	11/06/2016	11
	25/11/2016	30/11/2016	6
	01/12/2016	30/12/2016	30
2017	01/01/2017	30/01/2017	30
	01/02/2017	26/11/2017	296
	19/12/2017	30/12/2017	12
2018	01/01/2018	18/01/2018	18
	28/01/2018	28/01/2018	1
	25/02/2018	25/02/2018	1
	17/03/2018	22/03/2018	6
	19/04/2018	30/05/2018	42

Comparado este recuadro con la liquidación contenida en medio magnético visto a folio 569, con el que se respalda la contestación, se avizoran dos diferencias:

- 1) En el año 2014, los períodos sin incapacidades correspondieron a junio según el certificado de pagos y no julio como refiere la liquidación, pero ello no genera error alguno pues se cancelaron igualmente 4 días.
- 2) En el año 2017, se canceló solo el mes de enero de 2017 como retroactivo pese a que solo obran dos incapacidades para ese año que cubren el lapso del 27 de noviembre al 18 de diciembre; es decir no existen incapacidades entre el 1 de febrero y el 26 de noviembre ni entre el 19 al 30 de diciembre que respalden la existencia del pago.

En esa medida, hasta la inclusión en nómina una vez descontados los períodos cubiertos por incapacidades, se adeuda la suma de \$23.763.341 por

retroactivo pensional; a lo que se debe deducir el 12% del aporte a salud, para arrojar un saldo insoluto de \$20.911.740 que sumado a las costas liquidadas en \$3.124.968 conllevan a una deuda ejecutable por total de \$24.036.708, según se explica en el siguiente cuadro

Año	Días adeudados	Mesada	Valor	Total*
2013	0	\$ 589.500	\$ -	\$ 589.500
2014	5	\$ 616.000	\$ 102.667	\$ 718.667
2015	348	\$ 644.350	\$ 7.474.460	\$ 8.118.810
2016	123	\$ 689.455	\$ 2.826.766	\$ 3.516.221
2017	338	\$ 737.717	\$ 8.311.612	\$ 9.049.329
2018	68	\$ 781.242	\$ 1.770.815	\$ 1.770.815
			TOTAL MESADAS	\$ 23.763.341
			TOTAL APLICANDO EL DESCUENTO DE SALUD:	\$ 20.911.740
			COSTAS:	\$ 3.124.968
			DEUDA TOTAL:	\$ 24.036.708

*Se incluye la mesada adicional de diciembre en los años 2013 a 2017.

En aras de establecer si existe pago total, se advierte que en medio magnético visto a folio 569 obra constancia del BANCO AGRARIO certificando la consignación de \$17.764.923 a la cuenta del Juzgado 1° Laboral del Circuito de Cúcuta en el proceso de la referencia; valor que, incluido el periodo de 2017 no liquidado por la A.R.L., resulta insuficiente para cubrir el retroactivo y las costas, sin que obre prueba sobre la fecha de consignación para establecer si fue anterior a la notificación del mandamiento de pago y así declarar que es constitutivo de excepción, por lo que se ordenará su inclusión en la liquidación de crédito.

Por lo anterior, se revocará la decisión de primera instancia que declaró no probadas las excepciones propuestas y en su lugar se declarará probada parcialmente el pago de la obligación respecto de los periodos en que se demostró el reconocimiento de incapacidades temporales; modificando la orden de pago librada en auto del 4 de mayo de 2018 a favor de la señora CLAUDIA YAMILE SÁNCHEZ RAMÍREZ, para seguir adelante la ejecución en la suma de \$24.036.708, y adicionando al numeral tercero que se incluya en la liquidación de crédito el valor consignado en título judicial.

Se hace necesario advertir, que en caso de existir otros periodos en que se hayan cancelado incapacidades temporales que no hayan sido incluidas en esta decisión, no puede suscitarse doble pago conforme se explicó previamente.

Finamente, al prosperar en parte el recurso de apelación, se condenará parcialmente en costas de segunda instancia al apelante y se fijarán como agencias en derecho la suma de \$250.000.

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: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero del auto proferido el 11 de julio de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta que resolvió las excepciones propuestas, y en su lugar **DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de pago propuesta por **POSITIVA S.A.**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: MODIFICAR la orden de pago librada en auto del 4 de mayo de 2018, ordenando seguir adelante la ejecución para el pago a la señora **CLAUDIA YAMILE SÁNCHEZ RAMÍREZ** por la suma de \$24.036.708.

TERCERO: ADICIONAR al numeral tercero de la providencia impugnada, que las partes en las sucesivas liquidaciones de crédito incluyan el valor del título judicial consignado.

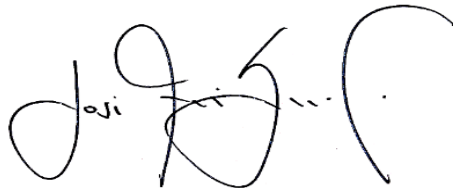
CUARTO: ADVERTIR que no puede suscitarse cobro de mesadas por períodos donde se haya cancelado incapacidad temporal, que no han sido incluidas en esta decisión.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada **ECOPETROL S.A.**, fijando como agencias en derecho de segunda instancia la suma de \$500.000 a favor de cada ejecutante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



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

Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2016-00250-00
RADICADO INTERNO:	18.568
DEMANDANTE:	LENNIS YASMÍN OSORIO PÉREZ en representación de su menor hijo STIVEN EDUARDO LEMUS OSORIO
DEMANDADO:	PORVENIR S.A.
VINCULADOS:	JENNY MARITZA LEMUS FIGUEROA, ILDABANYS FIGUEROA CÁCERES, LUZ MARINA GELVEZ CARILLO en representación del menor GIOREN LEANDRO LEMUS GELVEZ y SANDRA MILEY MONTAÑO en representación de su menor hijo CRISTIAN TOBÍAS LEMUS MONTAÑO

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LENNIS YASMÍN OSORIO PÉREZ en causa propia y en representación de su menor hijo STIVEN EDUARDO LEMUS OSORIO contra la A.F.P. PORVENIR S.A. y donde fueron integrados como litisconsorcio necesario por pasiva JENNY MARITZA LEMUS FIGUEROA, ILDABANYS FIGUEROA CÁCERES, LUZ MARINA GELVEZ CARILLO en representación del menor GIOREN LEANDRO LEMUS GELVEZ y SANDRA MILEY MONTAÑO en representación de su menor hijo CRISTIAN TOBÍAS LEMUS MONTAÑO, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2016-00250-00, y Radicación Interna N° 18.568 de este Tribunal Superior para conocer del recurso de apelación propuesto por la parte demandante y demandada contra la sentencia del 8 de abril 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. ANTECEDENTES

La señora LENNIS YASMIN OSORIO PÉREZ, en nombre propio y en representación de su menor hijo STIVEN EDUARDO LEMUS OSORIO, presentó demanda ordinaria laboral contra la A.F.P. PORVENIR S.A., para que se ordenara el pago del 37.50% de la pensión de sobreviviente que les fuera reconocida en su favor por el fallecimiento de su compañero

permanente Señor EDUARDO LEMUS URRUTIA y que se retuviera como reserva para otros supuestos beneficiarios, sin que se hayan presentado a la fecha; por lo que reclaman el retroactivo causado desde el 6 de agosto de 2013, debidamente indexado y con los intereses de mora causados.

Como fundamento de hecho refiere, que mediante Resolución No. 579 del 5 de diciembre de 2013, se le reconoció pensión de sobreviviente a LENNIS OSORIO como compañera permanente y STIVEN LEMUS como hijo del causante EDUARDO LEMUS URRUTIA, aplicando una proporción del 50% y 12.50% respectivamente, afirmando que se retenía el restante 37.50% sin justificación legal; que elevó peticiones el 10 de abril de 2015 y el 27 de enero de 2016, para acceder a este porcentaje, pero la entidad se ha negado a su reconocimiento.

La demandada A.F.P. PORVENIR S.A. contestó aceptando el reconocimiento pensional y afirmó que el valor reservado de 37.50% corresponde según investigación administrativa a otros beneficiarios, por lo que los demandantes no son los únicos beneficiarios con derecho, teniendo el deber de guardar reserva y discreción conforme el subnumeral 4.1 del Título I, Capítulo 9° de la Circular Básica Jurídica de la Superfinanciera de Colombia. Se opone así a las pretensiones, tanto del pago de retroactivo como de la indexación e intereses por existir justificación a la reserva, dado que se presentó inicialmente otra reclamante de compañera permanente que no acreditó convivencia y se identificó la existencia de otros 3 hijos. Propone como excepciones la falta de integración del litisconsorcio, inexistencia de obligaciones, buena fe, prescripción, imposibilidad de definir beneficiarios, compensación e innominada o genérica.

Mediante auto del 10 de octubre de 2016 se ordenó integrar el litisconsorcio necesario con JENNY MARITZA LEMUS FIGUEROA, ILDABANYS FIGUEROA CACERES y LUZ MARINA GELVEZ CARRILLO en nombre propio y representación de GIOREN LEANDRO LEMUS GELVEZ.

La integrada LUZ MARINA GELVEZ CARRILLO contestó a la demanda manifestando que su menor hijo GIORIEN LEANDRO LEMUS GÉLVEZ tiene derecho a la pensión de sobreviviente con igual proporción que STIVEN EDUARDO LEMUS OSORIO, por ser hijo del causante EDUARDO LEMUS URRUTIA; no se opone al reconocimiento de la señora LENNIS OSORIO, pero solicita que se ordene el porcentaje respectivo en favor de su hijo.

En providencia del 10 de octubre de 2016 se ordenó el emplazamiento de las integradas JENNY MARITZA LEMUS FIGUEROA y ILDABANYS FIGUEROA CACERES por no conocerse donde podían ser notificadas, se dispuso el nombramiento de curador y una vez notificado el Dr. PEDRO RAFAEL LERZUNDY MENDOZA, contestó la demanda advirtiendo que se atiene a lo probado en el proceso.

Durante la audiencia del 3 de agosto de 2018, se dispuso integrar al litisconsorcio necesario a SANDRA MILEY MONTAÑO en representación de su menor hijo CRISTIAN TOBÍAS LEMUS MONTAÑO contestando la demanda que tenía igual derecho al menor demandante para acceder a la pensión de sobreviviente como hijo del causante,

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En sentencia del 8 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, se resolvió:

“PRIMERO: Declarar que los menores *STIVEN EDUARDO LEMUS OSORIO, GIORIEN LEANDRO LEMUS GELVEZ y CRISTIAN TOBÍAS EDUARDO LEMUS MONTAÑO*, menores de edad e hijos del fallecido *EDUARDO LEMUS URRUTIA*, tienen derecho a que se reconozca y pague a su favor porcentaje equivalente al 16.66% de pensión de sobrevivientes sobre el 50% restante al ya reconocido a la compañera permanente.

SEGUNDO: ORDENAR al demandado reconocer y pagar en favor de *STIVEN LEMUS* la suma de \$1.996.973,67, de *GIORIEN LEMUS* la suma de \$7.907.899,61 y de *CRISTIAN LEMUS* la suma de \$7.907.899,61, liquidadas a diciembre de 2018 y las que se sigan causando.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: Sin intereses de mora

QUINTO: Declarar no prosperas las excepciones de mérito.

SEXTO: Sin condena en costas.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez *a quo*, fundamentó la decisión con los siguientes argumentos:

- El litigio se centra en determinar si le asiste razón a la señora LENNIS YASMIN OSORIO PÉREZ, al solicitar que A.F.P. PORVENIR S.A. reconozca en favor de su menor hijo STIVEN EDUARDO LEMUS OSORIO el 50% de la mesada pensional causada por el fallecimiento de EDUARDO LEMUS URRUTIA, para que se cancele el porcentaje de 37.5% retenido por el fondo desde su ingreso en nómina por no existir otros reclamantes con igual derecho; para lo cual se vinculó a JENNY MARITZA LEMUS FIGUEROA, IDABANY FIGUEROA CÁCERES y a los menores GLORIAN LEANDRO LEMUS GELVEZ y CRISTIAN TOBÍAS LEMUS MONTAÑO representados por sus respectivas madres.

- Al respecto el fondo demandado aceptó el reconocimiento pensional por el fallecimiento de EDUARDO LEMUS, reconociendo como beneficiaria a la señora OSORIO PÉREZ para acceder al 50% como compañera permanente y a su menor hijo STIVEN LEMUS pero limitando su porción al 12.50%, alegando que se reservó el restante 37.50% ante el conocimiento de la existencia de otros hijos del causante.

- El Despacho destaca entre las pruebas, el informe de investigación para pago de prestaciones donde se identificó el núcleo familiar, pero además se estableció la existencia de una hija de 16 años JENNY MARITZA LEMUS FIGUEROA con su respectivo registro civil de nacimiento a folio 50 pero sin

poderla ubicar y se afirmó que tuvo 2 hijos más, razón por la cual se retuvo el 37.5% restante; así mismo se anexó solicitud de pensión de sobreviviente elevada por LUZ MARINA GELVEZ CARRILLO en representación del menor GIORIEN LEANDRO LEMUS GELVEZ el 27 de junio de 2016, quien anexa a folio 130 registro civil de nacimiento y a folio 236 obra registro civil de nacimiento de CRISTIAN TOBIAS EDUARDO LEMUS MONTAÑO con lo que demuestran su calidad de hijos.

- Identificó acreditada la existencia de 4 hijos del demandante y advirtió que a la fecha JENNY MARTIZA LEMUS FIGUEROA ya es mayor de edad sin que haya elevado reclamación alguna ni demostrara estar estudiando para mantener el derecho tras cumplir los 18 años; por lo que solo mantienen su calidad de beneficiarios los otros dos vinculados y el demandante, cumpliendo los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en su respectiva proporción.

- De esta manera, concluyó que el 50% restante debía ser distribuido entre los tres menores arrojando para cada uno un 16.66% que debe ser reconocido por la demandada; por lo que habiéndose cancelado al menor STIVEN LEMUS el 12.50% desde el reconocimiento inicial, solo debía adicionarse el pago del 4.16% para las mesadas ya canceladas para un retroactivo de \$1.996.973,67 y dispuso de la reserva para cubrir la totalidad de lo adeudado a los menores GIORIEN LEMUS y CRISTIAN TOBIAS LEMUS, cuyo retroactivo asciende a \$7.907.899,61 cada uno, estimado hasta diciembre 31 de 2018 y las mesadas que se sigan causando.

- Finalmente, dispuso que sobre las sumas a reconocer deben hacerse los descuentos correspondientes a salud, pero no hay lugar a intereses e indexación por estimar que el fondo es ajeno a la controversia suscitada en este caso y cumplió con su deber legal, por lo que tampoco habría condena en costas.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandante

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

- Que se debe revocar la negativa a condenar en costas a PORVENIR, pues existen pruebas de las peticiones administrativas elevadas por la actora personalmente y mediante apoderado, los cuáles se contestaron afirmando que se reservaba el porcentaje porque existían “otros posibles” beneficiarios que no habían reclamado y ello implica que no había certeza sobre la razón de la negativa, denotando ausencia de buena fe en su actuar pues no tenía las pruebas para negar este derecho ni la facultad para dirimir la controversia, forzando a la actora a acudir a la justicia pues solo investiga la identidad de los otros menores con posterioridad a la demanda y no oportunamente en el año 2013, denegando el retroactivo sin la prueba fehaciente para ello.

3.2 De la parte demandada

El apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación indicando:

- Que al hacer el reconocimiento de los demás hijos del causante fallecido, se hace desde la misma fecha que se hace para el menor STIVEN LEMUS, pese que ha operado el fenómeno de la prescripción en lo que se refiere a las mesadas causadas con anterioridad al reconocimiento que se hace en la sentencia.

- Que si bien es cierto JENNY MARITZA LEMUS es mayor de edad, se encuentra posiblemente en edad en la cual pueda tener la condición de estudiante y por ser irrenunciable el derecho a la pensión, debe analizarse que se haga la reserva de la parte que le corresponde y con lo cual afectaría los porcentajes ya reconocidos.

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. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala, atendiendo a los asuntos apelados, son los siguientes:

¿Se encuentra debidamente distribuido el porcentaje asignado a los menores beneficiarios de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor EDUARDO LEMUS MONTAÑO y se debió ordenarse la reserva de la hija JENNY MARITZA LEMUS, por tratarse de un derecho imprescriptible?

¿Procede la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas y no reclamadas oportunamente por los beneficiarios?

¿Era procedente absolver de la condena en costas a la demandada A.F.P. PORVENIR?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, desde la demanda la señora LENNIS YASMÍN OSORIO PÉREZ solicita que se ordene a la A.F.P. PORVENIR disponer el pleno reconocimiento a favor de su menor hijo STIVEN EDUARDO LEMUS OSORIO, de la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento de EDUARDO LEMUS URRUTIA, pues afirma que injustificadamente se ha retenido el 37.5% de las mesadas desde su inclusión en nómina alegando que existen otros beneficiarios que no han reclamado o demostrado su derecho.

Durante el curso del proceso, se estableció la existencia de 3 hijos más del señor EDUARDO LEMUS URRUTIA, por lo que el juez *a quo* concluyó, que no

era dable acceder a las pretensiones sino distribuir el 50% de la mesada pensional entre los hijos menores de edad con un porcentaje igualitario del 16.66% y dispuso el pago del retroactivo correspondiente; conclusión a la que se opuso la A.F.P. en su recurso, afirmando que no se analizó la excepción de prescripción y que debió ordenarse la reserva de la hija JENNY MARITZA LEMUS, por tratarse de un derecho imprescriptible.

De manera preliminar, debe advertirse que no es objeto de discusión la causación de la pensión de sobreviviente tras el fallecimiento del señor EDUARDO LEMUS URRUTIA, obrando a folio 6 el reconocimiento realizado por PORVENIR el 6 de diciembre de 2013 a la señora LENNIS YASMIN OSORIO como compañera permanente del 50% de la prestación y al menor STIVEN EDUARDO LEMUS OSORIO del 12.50%, declarando en reserva el 37.50% restante.

En virtud del principio de congruencia consagrado en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., no tiene competencia la Sala para pronunciarse sobre aspectos no apelados por la parte demandante como la absolución por intereses de mora e indexación, que no fueron reclamados por la activa y ante ello, procede la Sala a analizar si asistió razón al juez *a quo* en su distribución de porcentajes sobre los alegados beneficiarios de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de EDUARDO LEMUS URRUTIA, ocurrido el 6 de agosto de 2013.

Para resolver el presente asunto, se debe tener en cuenta que conforme al literal c del artículo son beneficiarios de la pensión de sobreviviente “*Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes*”; en el curso del proceso se acreditó la existencia de los siguientes hijos del causante:

- STIVEN EDUARDO LEMUS OSORIO, nacido el 26 de enero de 2010, según registro civil de nacimiento serial 43346725 (Folio 8)
- JENNY MARITZA LEMUS FIGUEROA, nacida el 9 de enero de 1997, según registro civil de nacimiento serial 25209048 (Folio 50)
- GIORIEN LEANDRO LEMUS GELVEZ, nacido el 18 de octubre de 2003, según registro civil de nacimiento serial 38583100 (Folio 130)
- CRISTIAN TOBÍAS EDUARDO LEMUS MONTAÑO, nacido el 15 de noviembre de 2002, según registro civil de nacimiento serial 34164545 (Folio 236)

De la norma en cita se desprende que todo hijo menor de edad tiene derecho a que se le reconozca en su favor la pensión de sobreviviente ante el fallecimiento de su padre, siendo a partir de los 18 años que se genera una condición que de no ser acreditada extingue el derecho a seguir percibiendo esta prestación; para el caso concreto, el a quo negó el derecho de JENNY MARITZA LEMUS FIGUEROA alegando que para la fecha de la sentencia ya era mayor de edad y no había acreditado que cursara estudios que la incapacitaran para trabajar.

Aunque efectivamente JENNY MARTIZA LEMUS a la fecha no se presentó a reclamar su derecho pensional, según afirma la demandada A.F.P. y por lo que fue representada en este proceso mediante curador ad litem, no es posible desconocer que hasta el 9 de enero de 2015 fue menor de edad y ostenta el derecho cierto e irrenunciable de ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente causada tras la muerte de su padre, debiendo demostrar a partir del 10 de enero de 2015 su calidad de estudiante para mantener el derecho a la porción correspondiente de la mesada pensional, siendo este el momento en que se abre la posibilidad de acrecentar la porción de los demás beneficiarios.

No resulta posible entonces desconocer una situación demostrada en el proceso, pese a que la interesada actualmente no haya adelantado reclamación, para acrecentar la porción de los demás beneficiarios en un período donde no existen dudas sobre la existencia de un derecho cierto e irrenunciable a favor de un beneficiario; por ende, le asiste razón al apelante cuando reclama que el a quo no estaba en facultad de disponer de ese porcentaje, pero únicamente en el período en que era menor de edad ya que posteriormente ostenta el deber de acreditar la condición de estudiante.

En consecuencia, entre el 6 de agosto de 2013 y el 8 de enero de 2015, el porcentaje para los 4 hijos del causante equivaldría a un 12.5% para cada uno; solo a partir del 9 de enero de 2015, se acrecienta para los 3 menores STIVEN, GIORIEN y CRISTIAN LEMUS hasta el 16.66%, por lo que habrá de modificarse la decisión de primera instancia que excluyó a JENNY MARTIZA LEMUS del porcentaje a que tiene derecho mientras fue menor de edad y este porcentaje se ajustará a medida que cada beneficiario cumpla la condición resolutoria contenida en el literal c del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Abordando el siguiente problema jurídico, le asiste razón al apoderado de la accionada cuando señala que no analizó el juez lo correspondiente a la excepción de prescripción propuesta en la contestación de la demanda; al respecto, conforme al supuesto normativo de los artículos 151 del C.P.T.S.S. y 488 del C.S.T., la acción para reclamar los derechos laborales prescribe en tres años, la cual es susceptible de ser interrumpida con la reclamación que presente el interesado.

Para el caso concreto, es necesario señalar que a la fecha 3 de los 4 beneficiarios de la pensión de sobrevivientes reclamada siguen siendo menores de edad, y sobre ellos opera una garantía legal que suspende el conteo de la prescripción, pues conforme al artículo 2530 del código civil, “*La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría*”, por lo que solo empieza a contarles una vez cumplen la mayoría de edad.

Así lo ha explicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en providencia SL1456 de 2020 reitera lo expuesto en SL1983 de 2019 sobre esta suspensión, explicando lo siguiente:

La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil sobre el particular, como se indicó en sentencia del 6 de septiembre de 1996, expediente 7565, que se adoptó por mayoría.

La ley laboral establece una prescripción que frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, que procura la reclamación rápida, consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo. Sin embargo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda.

(...) esta Corte considera necesario reiterar, esta vez, la observación general que deben seguir los jueces en cumplimiento de la Constitución, puesta de presente en la precitada sentencia, sobre el riguroso deber de cuidado de los derechos de los menores frente a la prescripción de las acciones, a saber:

*Aquí y ahora, **se impone a la Corte Suprema de Justicia llamar la atención a los falladores en torno a que cuando las acciones laborales sean promovidas por menores de edad, es riguroso cumplir con el deber de guardar sumo cuidado en lo que respecta con el estudio de la suspensión del término de prescripción de las acciones**, dada la celosa protección que la Constitución Política pregonan en relación con los derechos de los mismos.*

Tampoco hay que olvidar la doctrina enseñada por esta Corporación en lo atinente a que la regulación del fenómeno de la suspensión de la prescripción corresponde a un tema de orden público y esa regulación debe ser aplicada estrictamente, aunque no hubiera sido alegada en las instancias”.

Corolario de lo anterior, no es procedente analizar la excepción de prescripción respecto de los menores STIVEN, GIORIEN y CRISTIAN LEMUS, por mantener suspendido este mecanismo extintivo de sus derechos hasta alcanzar la mayoría de edad; en cuanto a los derechos de JENNY MARTIZA LEMUS, a partir del 9 de enero de 2015 contaba con tres años para reclamar las mesadas causadas en su favor y dado que desde entonces no ha elevado petición directa ante la AFP ni ha iniciado proceso judicial alguno, y se avizora que el curador ad litem tampoco reclamó derechos en su favor, se declarará probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas entre el 6 de agosto de 2013 y el 8 de enero de 2015.

Resuelto lo anterior, se procede a reajustar la liquidación de las condenas a cargo de la pasiva de la siguiente manera, incluyendo lo causado hasta la emisión de esta providencia:

1. STIVEN EDUARDO LEMUS OSORIO

Conforme a lo demostrado en el plenario, al menor se le ha venido reconociendo su mesada pensional en proporción de 12,5% desde el 6 de agosto de 2013; como esta cuota se mantiene vigente hasta el 9 de enero de 2015, no tiene derecho a reajuste sino a partir del 9 de enero de ese año y según la liquidación realizada se adeuda a septiembre de 2020 un retroactivo por \$2.311.228.

Mesada	Mesada pagada (12,5%)	Mesada reajustada (16,66%)	Diferencia	No. Mesadas	Total anual
\$644.350	\$80.544	\$107.349	\$26.805	12,7	\$340.423
\$689.455	\$86.182	\$114.863	\$28.681	13	\$372.857
\$737.717	\$92.215	\$122.904	\$30.689	13	\$398.957
\$781.242	\$97.655	\$130.155	\$32.500	13	\$422.496
\$828.116	\$103.515	\$137.964	\$34.450	13	\$447.845
\$877.803	\$109.725	\$146.242	\$36.517	9	\$328.649
					\$2.311.228

2. GIORIEN LEANDRO LEMUS GELVEZ y CRISTIAN TOBÍAS EDUARDO LEMUS MONTAÑO

Según los parámetros señalados previamente, estos menores tienen derecho a percibir una cuota de 12.5% entre el 6 de agosto de 2013 y el 9 de enero de 2015 y del 16.66% desde el 9 de enero de 2015, por lo que según liquidación realizada a cada uno se le adeuda a septiembre de 2020 un retroactivo de \$10.695.720,61

Período	Mesada	No. Mesadas	Porcentaje	Cuota	Total anual
2013	\$589.500	5,64	12,50%	\$73.687,50	\$415.597,50
2014	\$616.000	13	12,50%	\$77.000,00	\$1.001.000,00
Enero 1-9 2015	\$616.000	0,3	12,50%	\$77.000,00	\$23.100,00
2015	\$644.350	12,7	16,66%	\$107.348,71	\$1.363.328,62
2016	\$689.455	13	16,66%	\$114.863,20	\$1.493.221,64
2017	\$737.717	13	16,66%	\$122.903,65	\$1.597.747,48
2018	\$781.242	13	16,66%	\$130.154,92	\$1.692.013,92
2019	\$828.116	13	16,66%	\$137.964,13	\$1.793.533,63
2020	\$877.803	9	16,66%	\$146.241,98	\$1.316.177,82
					\$10.695.720,61

Finalmente, el demandante interpuso su recurso de apelación por la absolución de costas en primera instancia a la demandada, alegando que fue por su falta de actividad que se interpuso la demanda y solo hasta el trámite judicial dispuso la ubicación de los otros beneficiarios, cuyo derecho no estaba demostrado al ser reservada la cuota pensional reclamada.

Al respecto, debe decirse que el artículo 365 del Código General del Proceso “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*” y en el presente caso, no existen dudas sobre que la posición de vencido corresponde a PORVENIR S.A., aunque parcialmente, pues si bien asistió razón en su decisión de reservar inicialmente el 37.50% de la mesada por tener

conocimiento de otros 3 beneficiarios, desde la investigación por la que reconoció la pensión en octubre de 2013 (Fol. 48-49) obtuvo el registro civil de nacimiento de JENNY MARITZA LEMUS y cuando la actora reclamó el acrecentamiento de su hijo en abril de 2015 (Fol. 12), este ya tenía el derecho al 16.66% aquí reconocido y fue negado injustificadamente, pues nunca ha habido reclamo de la hija mayor de edad.

Por lo anterior, se revocará el numeral sexto de la sentencia impugnada, y en su lugar se condenará en costas de primera instancia a la demandada PORVENIR S.A. en favor de la parte actora, fijando como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente; igualmente al no prosperar sino parcialmente su recurso de apelación, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, fijando como agencias en derecho a favor de la demandada el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de fecha 8 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, y en su lugar declarar que JENNY MARTIZA LEMUS OSORIO, STIVEN EDUARDO LEMUS OSORIO, GIORIEN LEANDRO LEMUS GELVEZ y CRISTIAN TOBÍAS EDUARDO LEMUS MONTAÑO tienen derecho al reconocimiento de pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su padre EDUARDO LEMUS URRUTIA entre el 6 de agosto de 2013 y el 8 de enero de 2015 a un 12.5% para cada uno, el cual se acrecentó para STIVEN, GIORIEN y CRISTIAN LEMUS hasta el 16.66%, desde el 9 de enero de 2015, porcentaje se ajustará a medida que cada beneficiario cumpla la condición resolutoria contenida en el literal c del artículo 47 de la ley 100 de 1993.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia impugnada, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. el pago de los siguientes conceptos, ajustados a la fecha de esta providencia:

- a. \$2.311.228 a favor de STIVEN EDUARDO LEMUS OSORIO por diferencias pensionales causadas entre el 9 de enero de 2015 y septiembre de 2020.
- b. \$10.695.720,61 a favor de GIORIEN LEANDRO LEMUS GELVEZ por mesadas causadas entre el 6 de agosto de 2013 y septiembre de 2020.
- c. \$10.695.720,61 a favor de CRISTIAN TOBÍAS EDUARDO LEMUS MONTAÑO por mesadas causadas entre el 6 de agosto de 2013 y septiembre de 2020.

TERCERO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas entre el 6 de agosto de 2013 y el 8 de enero de 2015 a favor de JENNY MARITZA LEMUS OSORIO, por lo explicado anteriormente.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción respecto de los demás beneficiarios, según lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: REVOCAR el numeral sexto de la providencia impugnada, en su lugar **CONDENAR** en costas de primera instancia a la demandada A.F.P. PORVENIR S.A. a favor de la parte demandante. Fijense como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente

SEXTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fijense como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor de la parte demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 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: 54-001-31-05-001-2018-00002-01

Partida Tribunal: 18249

Juzgado: Primero Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: MIRIAM VILLEGAS MARTÍNEZ

Demandada (o): CENS

Tema: Aplicación Acuerdo Marco Sectorial

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 27 de julio de 2018, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2018-00002-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18249 promovido por la señora MIRIAM VILLEGAS MARTÍNEZ en contra de la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS- CENS 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. ANTECEDENTES

La demandante, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de CENS, pretendiendo que se declare que (i) la empresa hizo parte de las empresas del sector eléctrico que suscribieron el acuerdo marco sectorial, el cual es integrante de la actual convención colectiva de trabajo, (ii) que entre las partes se verificó un contrato de trabajo en cumplimiento de la cláusula 2.1 ACUERDO MARCO SECTORIAL, o en su defecto, de acuerdo a lo previsto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, desde la fecha en que cumplió ocho (8) meses sin solución de continuidad, y en consecuencia, se condene a la pasiva al pago de los salarios y prestaciones sociales convencionales y legales, así como la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y la reliquidación de los aportes al sistema de seguridad social en pensión.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 122 a 124 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que laboró para CENS como trabajadora en misión, ejerciendo actividades de carácter permanente como Auxiliar de Servicios Generales, a través de empresas de servicios temporales, así:
 - Del 2 de enero de 2001 al 30 de abril de 2010, a través de CONSERVICIOS ASEO LTDA.
 - Del 1 de febrero de 2012 al 30 de abril de 2013 con OUTSOURCING SEASIN LTDA.
 - Del 2 de mayo de 2013 al 15 de abril de 2014 con FLÓREZ Y ÁLVAREZ S.A.
 - Del 21 de abril de 2014 al 15 de marzo de 2015 con FLÓREZ Y ÁLVAREZ S.A.
 - Del 15 de marzo de 2015 al 30 de abril de 2016 con OUTSOURCING SEASIN LTDA.
 - Del 01 de mayo de 2016 al 31 de enero de 2017, con OUTSOURCING SEASIN LTDA.

- Del 01 de febrero al 3 de marzo de 2017 con FLÓREZ Y ÁLVAREZ S.A.
2. Que CENS omitió contratarla laboralmente desde la fecha que cumplió los (8) meses como trabajadora en misión, 1 de septiembre de 2014, en cumplimiento del literal a) de la cláusula 2.1 del Acuerdo Marco Sectorial.
 3. Que aparte de darse los presupuestos del Acuerdo Marco Sectorial para la contratación en forma directa, también se dan los presupuestos del decreto 4369 del 04 de diciembre de 2006, con el cual se reglamenta los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990, fijando los límites en la contratación de trabajadores en misión, permitiendo la contratación de estos trabajadores por el término de 6 meses prorrogables por una vez por otros 6 meses.
 4. Que sus funciones las desarrolló en la gerencia de la empresa, en el cargo de servicios generales, recibiendo órdenes del personal directivo de aquella, en especial de la señora Ana Isabel Pérez Guarnizo, secretaria de la gerencia.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificada de la admisión de la demanda presentada en su contra, la empresa demandada aceptó como cierto el hecho 20 y el resto que no son ciertos, no son hechos o no le constan. Se opuso totalmente a las pretensiones, manifestando que la demandante no cumplió con los presupuestos establecidos en el Acuerdo Marco Sectorial y tampoco los contemplados en la Ley 50 de 1990, pues la misma desarrolló sus labores para empresas contratistas y nunca para CENS, y nunca prestó sus labores como trabajadora en misión, razón por la cual no podrían aplicársele los postulados de que trata el Acuerdo Marco Sectorial, ni lo contenido en la Ley 50 de 1990; que de igual forma, el Acuerdo Marco Sectorial que se menciona no es vinculante a la empresa ya que no fue suscrita por la misma.

Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido y prescripción.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 27 de julio de 2018, resolvió declarar probada las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido propuestas por la demandada, y en consecuencia, la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que se probó que la demandante prestó servicios en Centrales Eléctricas De Norte Santander S.A. E.S.P. como trabajadora de cada uno de los contratistas que prestaron servicios a aquella, previo agotamiento del ofrecimiento de servicios y debida licitación para escogencia del mejor postor, todo de conformidad con la normatividad legal vigente frente a esta clase contratación, nunca como trabajadora en misión, sino como trabajadora de cada empresa contratista.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Al encontrarse en desacuerdo con la anterior sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación en su contra, alegando que es un hecho cierto e indiscutible que la relación laboral entre Miriam Villegas y Centrales Eléctricas como trabajadora en misión se dio por más de 17 años continuos, mediante contratos consecutivos entre varias empresas sean o no de servicios temporales; indicó que no entiende los argumentos del señor juez al decir de que Mirian Villegas no fue trabajador en misión en Centrales Eléctricas, y que si no fue trabajadora en misión en Centrales Eléctricas, entonces qué es lo que se está pretendiendo en esta demanda, si cuando precisamente de acuerdo a los testimonios ella ejerció las labores de aseo y limpieza en la gerencia de dicha entidad durante los tiempos relacionados en el hecho 3 de la demanda.

Precisó que es indiscutible que existe una contradicción entre lo dicho por el señor juez y el principio de la primacía de la realidad, lo que se fundamenta en la inferioridad del trabajador quien puede ser objeto de abusos que sólo

pueden subsanarse con la primacía de los hechos sobre las formas; que la constitución política, en su artículo 53, en virtud al principio de la primacía la realidad sobre la forma, indica que siempre que existan los elementos integrantes de una relación laboral se entenderá como existente, así se le cambie su denominación o se niegue la existencia de ella, y de esta manera se configuró un contrato realidad.

Indicó que se aparta de todas las consideraciones que hace el señor juez al entrar a hacer un análisis de los contratos administrativos entre Centrales Eléctricas y los contratistas, pues eso no era materia discusión de los hechos de la demanda y nada nos aporta ese análisis, por cuanto las obligaciones de Centrales Eléctricas como contratante con Conservicios Aseo Limitada, Outsourcing Seasin Limitada y Flórez & Álvarez para nada importan al proceso; que aquí lo que se discute es la relación laboral que se dio entre Miriam Villegas como trabajadora, quien ejerció su función y nadie lo puede desconocer, así el señor juez diga que no fue trabajadora en misión en la gerencia de Centrales Eléctricas y esta empresa era la empresa usuaria; que es evidente y no se discute que los salarios y las prestaciones sociales las pagaban estas empresas bien sea temporales o empresas contratistas; que esas empresas estaban en la obligación de pagar esos salarios y lo que se pretende es que se le dé cumplimiento al acuerdo marco sectorial que sirvió de fundamento para las pretensiones de la demanda.

Destacó que se demostró la dependencia o subordinación de la trabajadora, ya que el mismo Carlos Alberto Gene, quien obra como jefe administrativo en una de las unidades de Centrales Eléctricas, dijo que las funciones las realizaba en la gerencia y que las órdenes las recibía de la secretaria de la gerencia; que Miriam Villegas cumplió con esta funciones de manera permanente y el tiempo de servicio probado documentalmente así lo señala; que empezó a trabajar desde el año 2001 y lo hizo hasta marzo del 2017 a través de Flórez y Flórez y que esa relación laboral se dio a través de varias empresas de servicios temporales o de trabajadores contratistas.

Que la tercerización laboral, si es como la señala el señor juez con su argumentación hecha por Centrales, es abiertamente ilegal y no debería ser protegida por la autoridad judicial; que aquí no se están protegiendo los derechos básicos de los trabajadores y se están violentando principios

constitucionales, derechos fundamentales y legales; que esta contratación está prohibida por el acuerdo marco sectorial, acuerdo que suscribió Centrales Eléctricas y del cual consideró que el A quo hizo un análisis de manera sesgada, diferente de la interpretación o la lectura que le ha dado el Tribunal Superior de Cúcuta en sentencias confirmatorias, en sentencias que el mismo juzgado profirió a favor de trabajadores, habiéndose también apartado del criterio de la honorable Corte Suprema de Justicia.

Resaltó que en virtud de la cláusula 2.1 del acuerdo marco, la empresa está celebrando contrataciones ilegalmente, porque está celebrando contratos no laborales; que los trabajadores en misión son los que venían siendo contratados cuando se suscribió el acuerdo marco sectorial, tan es así que en el punto 3 habla de las nuevas contrataciones las cuales son aquellas que se hacen efectivas a partir del año 1996; que se establece que “como resultado de lo previsto y del plazo de transición acordado, las empresas según sus necesidades y de acuerdo con el estudio de cargos contratarán directamente como lo regula la respectiva convención colectiva el personal que requiera entre quienes antes se hallaban vinculados con cualesquiera de las modalidades de contratación que han sido abolidas”.

Alegó que sorprende que el A quo se aparte de las cláusulas del acuerdo marco sectorial para darle prevalencia o prioridad a las cláusulas pactadas en los contratos administrativos entre Centrales Eléctricas y las empresas que suministraban personal, bien sea estas empresas que suministraban personal empresas contratistas de tipo civil o comercial o empresas de servicios temporales, suministraron personal en misión; que no se le puede cambiar esa denominación porque ese es el trabajo que cumple un trabajador que es enviado por una empresa contratista, ser un trabajador en una empresa usuaria

Allegó una sentencia en la cual la Corte Suprema de Justicia, en una demanda de un trabajador de la empresa Termotasajero, empresa el sector eléctrico, fallo que en primera y segunda instancia fueron favorables al trabajador y la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, dice lo siguiente sobre el acuerdo marco sectorial:

“Al ver el contexto dicho artículo con el 68, específicamente su parágrafo 2 que incorporó los compromisos del acuerdo sectorial no encuentra la corte una

equivocación patente en la conclusión del juzgador, menos si se tiene en cuenta que en dicho aparte los contratantes indicaron que 2.1 Termotasajero SA ESP no podrá celebrar ningún tipo de vinculación contractual no laboral directa o a través de intermediarios para labores subordinadas a la empresa (...) 2.2 De Las Nuevas Contrataciones, como resultado de lo previsto las empresas según sus necesidades y de acuerdo con el estudio de cargos contratarán directamente como lo regule la respectiva convención colectiva al personal que requieran entre quienes antes se hallaban vinculados con cualquiera de las modalidades de contratación que han sido abolidas.

Lo que exterioriza dicho acuerdo es la voluntad de las partes de no tercerizar ninguno de los empleos de la empresa y en todo caso de preservar la estabilidad de los trabajadores a través de contratos indefinidos, sólo susceptibles de finiquitarse ante la comprobación de una justa causa.

En tal sentido, contrario a lo esgrimido en la acusación, no es equivocada la inferencia del juez plural de que dichas normas convencionales operaban independientemente de que el trabajador estuviera prestando servicios en una planta ajena de la producción, de allí que las pruebas vistas a folios 182 y 183 que corresponden a las nóminas, en las que se destaca que Arenas González prestaba servicio en la planta de administración no puede constituir un error con el carácter de ostensible para quebrar la sentencia de segundo grado".

Señaló que en esta demanda, a manera de ilustración, Termotasajero al contestar la demanda o al responder se opuso a las pretensiones, negó que el demandante hubiese sido trabajador en misión, exactamente igual a esta demanda; aclaró que los ató un convenio a término fijo y que el artículo 64 de la convención colectiva trabajo no le era aplicable dado que la labor para la que fue contratado no era propia de la naturaleza de la empresa, que no existía una terminación injusta sino la expiración del plazo pactado y por tanto no era necesario realizar el trámite previsto de la cláusula 24 convencional.

Alegó que la Corte Suprema de Justicia le da plena validez jurídica al acuerdo marco sectorial y que interpreta el mismo de manera gramatical, al esbozar que lo que se está pactando en el acuerdo marco sectorial es prohibir la tercerización laboral y desafortunadamente el A quo se apartó de ese análisis

2. PARTE DEMANDADA

La empresa demandada no estuvo de acuerdo con el valor de la condena en costas, el cual estimó muy bajo si se cotejan con el valor de las pretensiones, el cual es aproximadamente \$300.000.000; consideró además que no se tuvo en cuenta también al estimar el valor de la pretensión, otra situación importante como es la naturaleza del proceso, el desgaste que tuvo el proceso mismo, ya que hubo una práctica de testimonios; que al tomar estas situaciones en la forma como lo ha señalado el Consejo superior de la Judicatura, debe ser una condena más o menos proporcional al valor de las pretensiones y la usanza que se ha tenido por el despacho

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 DEMANDANTE. Alegó la parte que el Acuerdo Marco Sectorial prohíbe la contratación no laboral, directa o a través de intermediarios, para labores subordinadas de la empresa, fijando las reglas de las contrataciones comerciales y civiles para procesos específicos; que la demandante fue contratada inicialmente por CONSERVICIOS empresa de servicios temporal, de la cual anexó documento, y a través de la cual se desempeñó como trabajadora en misión desde noviembre de 2001 y hasta marzo de 2011, lo cual se demuestra con la historial laboral del fondo de pensiones y la certificación de dicha empresa.

Precisó que durante ese tiempo, la demandada no le dio cumplimiento al acuerdo marco sectorial, le burló sus derechos, entre estos la contratación de manera directa, y por el contrario, siguió intermediando su contratación laboral subordinada.

PARTE DEMANDADA. Alegó la parte que en cada uno de los contratos obrantes dentro del proceso, se pactó que el contratista es el único responsable por la vinculación del personal, la cual se realiza en su propio nombre, por su cuenta y riesgo, correspondiéndole a este el pago de las obligaciones de índole laboral; que la demandante prestó sus servicios

para empresas contratistas de CENS, y nunca como trabajadora en misión y no fue subordinada de aquella.

Indicó que si en gracia de discusión se aceptara la aplicación del Acuerdo Marco invocado, debe tenerse en cuenta que la demandante no encuadra dentro de los supuestos que prevé dicho documento, en razón a que según las estipulaciones que se observan en dicho documento, aplica para trabajadores contratados a través de empresas de servicios temporales y para trabajadores de contratistas, siempre y cuando estos realicen actividades propias del objeto de las empresas del sector eléctrico.

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 los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en los recursos de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si en virtud de lo pactado en el Acuerdo Marco Sectorial suscrito el 06 de diciembre de 1996 por las Empresas del Sector Eléctrico y el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “SINTRAELECOL”, existió un contrato de trabajo entre la demandante MIRIAM VILLEGAS MARTÍNEZ y CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A E.S.P., a partir del 01 de septiembre de 2014 y hasta el 03 de marzo de 2017, al haber prestado sus servicios de forma continua e ininterrumpida, como trabajadora en misión para la demandada, superando el término de cuatro (4) meses prorrogables por cuatro (4) meses más, de que trata el literal a) del ítem 2.1 del numeral 2 del mencionado Acuerdo.

Con el fin de resolver lo anterior, procederá la Sala a estudiar, en primer lugar, si el Acuerdo Marco Sectorial aludido, es vinculante para la Empresa demandada Centrales Eléctricas de Norte de Santander y si la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre C.E.N.S S.A E.S.P y el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “SINTRAELECOL” incorporó el mismo, toda vez que la empresa demandada, en su contestación, alega que dicho acuerdo fue suscrito entre el Ministerio de Minas y SINTRAELECOL, sin haber participado en la negociación.

De manera subsidiaria, y en caso tal que esta Sala concluya que dicho acuerdo no es vinculante para la empresa demandada y por tanto no tiene aplicación en esta situación, se estudiará si las empresas temporales de servicio mediante las cuales fue vinculada la demandante, según se alega en la demanda, superaron el límite temporal establecido en los artículo 71 a 94 de la Ley 50 de 1990, habiendo sido CENS su real empleador y por tanto, existe en cabeza de la señora VILLEGAS MARTÍNEZ el derecho de aplicación de las prerrogativas incluidas en la CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO.

APLICACIÓN DEL ACUERDO MARCO SECTORIAL

Al estudiar el Acuerdo Marco Sectorial obrante a folios 206 a 212, se observa que el mismo no fue suscrito por la empresa demandada, habiéndose advertido que dicho documento fue suscrito por el Ministerio de Minas y Energía, por lo que debe analizarse el alcance y carácter vinculante de dicho documento respecto a la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P.

En primer lugar, debe señalarse que la empresa CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A E.S.P. es una empresa de servicios públicos mixta de nacionalidad colombiana, constituida como sociedad por acciones del tipo de las anónimas, sometida al régimen general de los servicios públicos domiciliarios y que ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil.

Así mismo, el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “SINTRAELECOL” es un sindicato de industria, el cual de conformidad con lo

establecido en el literal b) del artículo 356 modificado por el artículo 40 de la Ley 50 de 1990, son aquellos que están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica; es decir que el mismo, como asociación sindical, defiende los intereses de los trabajadores que se encuentren vinculados a empresas que prestan el servicio público de electricidad.

Teniendo en cuenta lo explicado, es de esencial importancia indicar que al MINISTERIO MINAS Y ENERGÍA, según lo establecido en el artículo 208 de la C.P. y el artículo 61 de la Ley 489 de 1998, le corresponde ejercer las funciones de regulación, planeación, coordinación y seguimiento de todas las actividades relacionadas con el servicio público de electricidad, tanto en el nivel sectorial como de todas aquellas vinculadas al sector energético.

Por lo tanto, al encontrarse dentro de las funciones constitucionales que le competen al Ministerio, la de dirigir la política nacional en cuanto a minería, hidrocarburos, e infraestructura energética, y al ser CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A E.S.P. una empresa de servicios públicos mixta perteneciente a la rama ejecutiva del poder público que presta sus servicios al sector energético, las actuaciones que realice el referido Ministerio, son vinculantes.

De igual forma, en el artículo de investigación adelantado por JAIRO JALLER JAIMES, GABRIEL AGUSTÍN ECHEVERRY QUINTANA y ANDRES FELIPE VALENCIA FERRERO, para el III Encuentro Nacional de Semilleros de Investigación en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como parte del trabajo del Centro de Estudios en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Pontificia Universidad Javeriana, publicado en línea el 30 de noviembre de 2016, en el cual, en unos de sus apartes se dijo: *“Así pues, en 1996 el sindicato de Industria “SINTRAELECOL” procedió a suscribir con el Ministerio de Minas y Energía lo que denominaron un “Acuerdo Marco Sectorial”, y que en dicho acuerdo, el Ministerio representó a veinticuatro (24) empresas que desarrollaban actividades en el marco de la energía, en una negociación con SINTRAELECOL, siendo el propósito principal del Acuerdo el incorporarse “(...) en las convenciones colectivas suscritas entre Sintraelecol y las empresas que acogieron o acojan el AMS (...)”.*

Con fundamento en lo anterior resulta claro que la suscripción del Acuerdo Marco Sectorial por parte del Ministerio de Minas y Energía, se encuentra dentro del ámbito de su competencia y funciones, debido a que éste tiene la potestad de establecer las políticas respecto a las empresas que desarrollan actividades en el marco de la energía.

De igual forma, vemos a folio 51 del plenario que dentro de las empresas del sector eléctrico que suscribieron el Acuerdo Marco Sectorial se encuentra enlistada CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER, por lo que al estar relacionada como empresa suscribiente se entiende que es vinculante para la demandada.

Y en el numeral 2 del ítem de “DE LAS DECISIONES ADOPTADAS” del referido Acuerdo Marco Sectorial obrante a folios 206 a 211, se indicó que *“A partir de la fecha del presente acuerdo se incorporan a las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre SINTRAELECOL y las empresas que acogieron o acojan el AMS las cláusulas que a continuación se establecen”*; es decir, que a partir de la fecha del mismo, se ordenó que las disposiciones contempladas en el acuerdo marco sectorial harían parte de las convenciones colectivas celebradas por SINTRAELECOL con las empresas prestadoras del servicio de energía, en las cuales estuviera constituida esa organización sindical.

Con respecto a la vigencia del Acuerdo Marco Sectorial en cada una de las empresas que lo suscribieron, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de noviembre de 2007, proceso 30265 siendo Magistrado Ponente el Doctor Gustavo Gnecco Mendoza indicó lo siguiente:

“En efecto en sentencia de 5 de agosto de 2004, radicación 22474, reiterada, entre otras, en decisiones de 26 de octubre de 2004, radicación 23984, de 22 de abril de 2005, radicación 23398, y de 4 de mayo de 2005, radicaciones 23636 y 23637, se dijo:

“Así las cosas, no es posible considerar, que dentro de los puntos que fueron convenidos en el citado acuerdo exista alguno del que pueda concluirse que las partes consagraron para todas las empresas del sector, un procedimiento voluntario de negociación colectiva, distinto del establecido en la ley, pues si

bien crearon y definieron un procedimiento y unos mecanismos, lo hicieron para <desarrollar los términos en que se adelantarán los diálogos de la Comisión del Acuerdo Marco Sectorial> (folio 83), expresión de la cual no es dable inferir que con ello estuviesen determinando un procedimiento de negociación colectiva voluntario para solucionar los conflictos laborales que se presentaran en las empresas signatarias de dicho acuerdo, en los términos en que es posible concebir en nuestro sistema legal un diferendo de esa naturaleza que, como es sabido, gira alrededor de la negociación de las condiciones de trabajo a partir de la discusión de las aspiraciones laborales de los trabajadores concretadas en un pliego de peticiones.

Y en este caso, y en lo que concierne puntualmente a los aspectos de naturaleza laboral, simplemente se consignó que la comisión del acuerdo se podría convocar anualmente por cualquiera de las partes o cuando las condiciones lo ameriten; que cada parte podría nombrar hasta cinco comisionados, no negociadores, y las categorías de los resultados a que se llegue por la comisión, mas no se precisó un trámite o procedimiento específico y reglado para la discusión de las aspiraciones de los trabajadores.

Por lo tanto, no resulta ostensiblemente equivocado lo concluido por el fallador de la alzada cuando precisó cuatro diferencias entre el acuerdo marco sectorial y el conflicto colectivo de trabajo, de tal modo que no puede considerarse que incurriera en un desacierto evidente si no encontró acreditada la creación de un procedimiento voluntario de negociación colectiva.

Por otro lado, conviene advertir que en sí mismo considerado el acuerdo no solucionó un conflicto colectivo laboral ni adquirió la naturaleza de convenio regulador de las condiciones de trabajo, pues explícitamente se convino que las decisiones adoptadas debían ser acogidas en las convenciones colectivas de trabajo que al efecto se celebraran, en las que se daría la fuerza jurídica vinculante a tales decisiones que, por lo tanto y desde ese punto de vista, no gozaron per se del carácter obligatorio característico de las convenciones o pactos colectivos de trabajo.

Quiere ello decir que para que las estipulaciones del acuerdo sectorial adquiriesen vigencia en cada una de las empresas, **debían ser expresamente incorporadas por la respectiva convención colectiva de trabajo**. Por tal motivo, no se equivocó el Tribunal de manera protuberante al concluir que el acuerdo marco sectorial es independiente de las convenciones colectivas de trabajo y que no tiene fuerza vinculante inmediata, de suerte que

no incurrió en el segundo de los desaciertos de hecho que el cargo le imputa”.

De lo anterior, se desprende que para que las estipulaciones del acuerdo sectorial adquieran vigencia en las empresas del sector eléctrico deben ser incorporados por la respectiva convención colectiva de trabajo.

Del texto del artículo 1º de la Convención Colectiva de Trabajo 2004 a 2008 que obra a folios 59 a 105 del expediente, se indicó: *“A ella se consideran incorporadas todas las disposiciones que contempla el Código Sustantivo del Trabajo y las Leyes o Decretos que en el futuro se dicten y sean aplicables conforme a la naturaleza de la Empresa; al igual que los acuerdos de orden nacional **que se pacten** con SINTRAELECOL, y quienes actúen en representación del Gobierno Nacional a través de pliegos únicos nacionales, negociaciones colectivas nacionales que superen los acuerdos producto de esta Convención Colectiva de Trabajo.”*

Por su parte, el artículo 71 de la mencionada Convención Colectiva de Trabajo establece lo siguiente:

“Artículo 71. Normas Preexistentes: las normas preexistentes, Convenciones Colectivas de trabajo anteriores, normas legales, laudos arbitrales, **acuerdos nacionales adoptados por las Empresas en los términos de Ley**, actas extraconvencionales y todas las disposiciones que no hayan sido modificadas en el presente acuerdo, quedarán incorporadas en la nueva Convención Colectiva que suscriba la Organización Sindical con las entidades del Sector Eléctrico que son parte del presente acuerdo. Lo anterior se incorporará siempre y cuando no desmejore los derechos adquiridos en la presente Convención Colectiva de Trabajo”

De igual forma el artículo 73 ibidem señala: *“Los resultados a que **se lleguen** en la COMISIÓN ACUERDO MARCO SECTORIAL (CAMS) serán incorporados en la presente Convención, siempre y cuando estos superen lo establecido en la misma. Se vinculan a la presente Convención los compromisos para con la CAMS, así: (...)”*

En virtud de lo anterior, es posible concluir que el Acuerdo Marco Sectorial suscrito en el año 1996 fue debidamente incorporado en la convención colectiva de trabajo 2004-2008, tal como ha sido exigido por la jurisprudencia

y por el mismo Acuerdo, por lo que es posible darles aplicación a las prerrogativas incluidas en él, especialmente, y como lo reclama el demandante, las relacionadas con la contratación con terceros.

Lo anterior, siguiendo lo manifestado por esta Sala Laboral, en su sentencia con Partida del Tribunal N° 16091 de fecha 11 de octubre de 2017 M.P. Dra. Nidiam Belén Quintero Gelvez, así como por la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ, en su sentencia de Rad. 3854, corporación que en un caso similar, concluyó que dicho Acuerdo Marco Sectorial, se encontraba debidamente acogido en la CCT de la empresa demandada, así:

De lo expuesto, se colige la obligación de las empresas que suscribieran el acuerdo de acoger las decisiones adoptadas por la Comisión en su convención colectiva, como ocurre en este caso. Por tanto, no se advierte error del Tribunal cuando afirmó que el acuerdo marco sectorial se encontraba incorporado a su convención colectiva de trabajo, conforme se determinó en el artículo 71 de esta; máxime cuando en el artículo 73 *ibídem*, se lee: «*los resultados a que se lleguen en la COMISION ACUERDO MARCO SECTORIAL (CAMS) serán incorporados en la presente Convención siempre y cuando estos superen lo establecido en la misma. Se vinculan a la presente convención los compromisos para con la CAMS [...]».*

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Aclarado esto, vemos que el numeral 2.1 del Acuerdo Marco Sectorial establece lo siguiente:

“2.1. Las empresas no podrán celebrar ningún tipo de vinculación contractual no laboral, directa o a través de intermediarios, para labores subordinadas a la empresa. Los trabajadores en misión, las contrataciones comerciales y civiles para procesos específicos en los cuales los contratistas desarrollen sus labores en forma autónoma y sus trabajadores no estén subordinados ni dependan de la empresa, estarán sujetos a las siguientes reglas:

- a) Trabajadores en Misión: La contratación de trabajadores en misión con empresas de servicios temporales se permite en los términos de la Ley hoy vigente y con las modificaciones aquí establecidas, vale decir, que el cargo a llenar solo podrá contratarse por un plazo de cuatro (4) meses y una prórroga hasta por el mismo tiempo; pero una vez vencidos los términos señalados y en el caso de mantenerse el cargo ocupado con un trabajador en misión, a partir del día siguiente se entenderá que la empresa lo ha contratado, a partir

de esa fecha, directa e indefinidamente y el trabajador tendrá derecho a los beneficios convencionales en los términos que le puedan corresponder según la ley en general y el acuerdo colectivo en particular. (...)”

- b) Contratación Civil y Comercial: La contratación civil o comercial que comprende aquellos casos en que, por razones técnicas, tecnológicas o para el desarrollo del objeto social, las empresas necesiten adelantar actividades en las que el contratista desarrolle su función autónoma e independientemente, con sus propios medios y sin que sus trabajadores estén subordinados ni dependan de la empresa. En caso que se diere dependencia o subordinación del trabajador del contratista a la empresa, y se pruebe ese hecho, se entenderá que se trata de una intermediación de las que por el presente Acuerdo se ha prohibido”.

Ahora bien, revisando las condiciones de la contratación de la señora MIRIAM VILLEGAS MARTÍNEZ a través de las empresas CONSERVICIOS ASEO LTDA, OUTSOURCING SEASIN LTDA. y FLÓREZ Y ÁLVAREZ S.A. se observa que estas se dieron en los siguientes periodos, según las certificaciones vistas a folios 16 a 19 del expediente:

- Del 2 de enero de 2001 al 30 de abril de 2010, a través de CONSERVICIOS ASEO LTDA (folio 16).
- Del 1 de febrero de 2012 al 30 de abril de 2013 con OUTSOURCING SEASIN LTDA. (folio 19)
- Del 2 de mayo de 2013 al 15 de abril de 2014 con FLÓREZ Y ÁLVAREZ S.A. (folio 17).
- Del 21 de abril de 2014 al 15 de marzo de 2015 con FLÓREZ Y ÁLVAREZ S.A. (folios 17 y 18).
- Del 15 de marzo de 2015 al 30 de abril de 2016 con OUTSOURCING SEASIN LTDA. (folio 19).
- Del 01 de mayo de 2016 al 31 de enero de 2017, con OUTSOURCING SEASIN LTDA. (folio 19).

Así mismo, revisando igualmente los certificados de existencia y representación legal de las empresas contratistas mediante las cuales la

demandante prestó servicios para la pasiva, encuentra la Sala que las mismas son sociedades comerciales, de tipo anónima, limitada y por acciones simplificada, encontrándose dentro del objeto social de las mismas, las siguientes actividades:

- El objeto social de Outsourcing Seasin Ltda, incluye, entre otros, **los servicios de aseo**, cafetería y mantenimiento general a instalaciones de carácter público y privado de orden nacional e internacional, así como el outsourcing en actividades administrativas y operativas de terceros (folios 45 a 47),
- El de FLOREZ & ÁLVAREZ, es la compra y venta de bienes y servicios a personas naturales y jurídicas, entidades públicas y privadas y en general todo acto lícito de comercio (folios 48 a 51).

Además, es evidente que las mencionadas personas jurídicas no se constituyeron como empresas de servicios temporales, sino, se repite, como sociedades comerciales cuyo objeto es la prestación de servicios en beneficios de terceros, no pudiéndoseles otorgar aquella calidad, al no contar con la autorización del Ministerio del Trabajo para el efecto ni haber sido creadas para esto.

Y es que dentro de la legislación civil y comercial son permitidos los procesos de tercerización, a través de los cuales un tercero lleva a cabo la prestación de diferentes servicios en beneficio de un tercero con su propio personal y bajo su cuenta y riesgo, las cuales encuentran específica regulación en el artículo 34 del CST, adquiriendo la calidad de “contratistas independientes”, y por tanto **verdaderos empleadores** del trabajador, siendo el beneficiario del trabajo suministrado solidariamente responsable de las acreencias debidas por su patrono en aquellos eventos en que la actividad prestada no sea extraña a las actividades normales de su negocio o empresa.

Entonces, al contrastar el literal a) del artículo 2.1. del Acuerdo Marco ya mencionado, con la naturaleza jurídica de las empresas a través de las cuales prestó su servicio la demandante, encuentra la Sala que aquella norma sería aplicable únicamente en el supuesto de encontrarnos frente a **la contratación de personal a través de empresas de servicios temporales**, y no al mediar empresas contratistas independientes para la prestación de

servicios, en este caso particular, actividades de aseo y oficios varios como ocurrió en el sub-lite.

Diferente habría sido que la demandante hubiese atacado la verdadera naturaleza de la prestación del servicio a favor de la pasiva, efectuada través de dichas sociedades, alegando que estas, como aparentes contratistas, en realidad actuaron de manera ilegal, suministrando personal a una empresa usuaria, convirtiéndose en simples intermediarias, aportándose al mismo tiempo al plenario, suficiente material probatorio que permitiera concluir que CENS era su verdadera empleadora, todo esto en aplicación del artículo 35 del CST.

Pero, al haber pretendido la existencia de una relación laboral directamente con la demandada, vía aplicación del literal a) del artículo 2.1 del Acuerdo Marco Sectorial, no es posible atender a la misma, ya que como se dijo, para que se configure la violación a la limitación temporal de 4 meses prorrogables por otros 4, incluida en dicho acuerdo, y cuya declaratoria se solicita en la demanda, es esencial que la contratación se realice a través de una empresa que ostente la calidad de empresa temporal de servicio, tal y como lo determina dicha normatividad; lo propio ocurre con la limitación temporal que se alega en la demanda, establecida en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, la cual aplica, únicamente, a estas últimas.

Con relación a lo manifestado por la parte demandante en sus alegatos de conclusión presentados en esta instancia, relacionados con la naturaleza de empresa de servicio temporal de la empresa CONSERVICIOS S.A.S., debe manifestar la Sala que esta, es una persona jurídica diferente a aquella que cuya contratación es objeto de estudio en este proceso y para fundamentar esto basta con comparar los números de identificación tributaria (NIT) de cada una, así:

Según el contrato N°212-017-2004 visto a folios 142 a 153 del expediente, la empresa CONSERVICIOS ASEO LTDA. se identifica con NIT 800.254.857-7, mientras que aquella que menciona la parte en su alegato, CONSERVICIOS S.A.S. tiene NIT 890.503.603-5, por lo que no es aceptable dicho argumento, sin olvidar que no es esta la instancia adecuada para

aportar la prueba de que alguna de las empresas contratistas era en realidad una empresa de servicios temporales.

De otro lado, a juicio de la Sala la segunda hipótesis decantada en el literal b) del artículo 2.1 del Acuerdo Marco Sectorial, no es aplicable al presente caso, pues dicha normatividad hace expresa alusión a la contratación civil y comercial, en casos que por razones **técnicas, tecnológicas o para el desarrollo del objeto social**, las empresas necesiten adelantar actividades para CENS S.A., de tal suerte que la actividad de aseo y oficios varios desarrollada por la demandante en modo alguno puede equiparse a dichos eventos, descartándose así mismo la aplicación por dicha vía del aludido Acuerdo.

Por lo anterior, al haberse solicitado en la demanda la aplicación del literal a) del artículo 2.1., dado que se alegó que la prestación del servicio se dilató más allá de los 8 meses indicados, se está aceptando que la vinculación de la trabajadora demandante no hacía parte de aquellas en las que se realizaban labores subordinadas a la empresa, sino dentro del segundo grupo, el cual, según la lectura armónica del artículo, se refiere a relaciones carentes del mencionado elemento determinante para la existencia de una relación de trabajo, es decir, la subordinación, como las que se dan a través de empresas de servicios temporales o de contratistas independientes.

Sin embargo, considera la Sala que a pesar de haber invocado la parte demandante, de manera equivocada la norma a ser aplicable para obtener la declaratoria pretendida, en virtud del principio del derecho *iura novit curia*, se procederá a revisar si en este caso particular, no obstante la formal contratación a través de empresas comerciales para la prestación de servicios de aseo y oficios varios en las instalaciones de CENS S.A., está última actuó como su verdadero empleador y para ello es necesario establecer si se dio el elemento subordinación o dependencia del trabajador con la empresa contratante, caso en el cual conforme al artículo 35 del CST, las sociedades comerciales que ofrecieron dichos servicios tendrán la calidad no de contratistas independientes sino de “simples intermediarios”.

Lo anterior es viable, al tenerse que el demandante en su escrito introductorio hizo referencia a la existencia del elemento de subordinación en la relación

entre la demandante y la demandada, a través de los hechos N° 15, 16, 17 y 19, así como en manifestaciones realizadas en los fundamentos de derecho de libelo demandatorio, el cual, debe ser leído en su integridad y de manera armónica.

Con respecto a la aplicación del principio mencionado *iura novit curiae*, se tiene como la sentencia proferida por la Sala de Casación laboral de la H. CSJ, corporación que mediante providencia con Rad. SL13877-2016, manifestó lo siguiente:

4º) Principio de ‘*iura novit curiae*’

*La Corte, en sentencia de revisión CSJ SL17741- 2015, del 11 de nov. 2015, rad. 41927 explicó ampliamente este postulado en el sentido que siendo la causa para pedir del demandante el conjunto de hechos constitutivos del derecho pensional reclamado, el juez está vinculado a los mismos, para de allí aplicar la norma que gobierna el caso, que aun cuando de manera literal no se plasme en la demanda, con todo, su indicación le compete al juzgador resolver la pretensión en controversia, sin que al ocurrir ello se afecte en manera alguna la relación entre la petición, la decisión y la causa del proceso; por el contrario, con ello se cumple el principio *iura novit curiae* que se desprende de los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, así como el aforismo latino que regla la actividad judicial «mihi factum, dabo tibi ius» (dadme los hechos, yo te daré el derecho- «son los hechos las voces del derecho».)*

Agregó la Sala en esa oportunidad que el juicio de adecuación normativa no es asunto que compete propiamente al demandante en el proceso, sino que es de la esencia del rol del juzgador del proceso, sin que por ello se inhiba a aquél de que lo proponga, acertada o equivocadamente, pues aparte de servir a la orientación de la controversia y su resolución, en algunos casos sí demarca los límites de la providencia judicial, como cuando la naturaleza de la pretensión es la de ser constitutiva del derecho, cuestión que no es predicable de casos como el estudiado.

Así las cosas, deberá revisar la Sala si en el presente caso, la parte demandada, acreditada la prestación personal del servicio, logró desvirtuar la presunción del elemento subordinación, todo ello en aplicación del artículo 24 del CST.

Con el fin de resolver lo anterior, y revisado el haz probatorio aportado al plenario, encuentra la Sala que en su interrogatorio de parte, la señora MIRIAM VILLEGAS MARTÍNEZ manifestó que le daba órdenes la secretaria de la gerencia de CENS; que cuando necesitaba pedir un permiso para

ausentarse de sus labores, informaba a la gerencia de CENS y luego a la persona que era que la contrataba; que le tocaba pasar un informe para que la pudieran cubrir; y que la empresa por medio de la cual estaba contrataba enviaba a una compañera de servicios para cubrirla.

De los testimonios practicados a las partes, se obtuvo la siguiente información:

- El señor **BELISARIO GELVEZ MARTÍNEZ**, testigo traído a juico por la demandante, indicó que es jubilado de CENS; que conoce a la demandante desde que esta ingresó a la empresa, en la subestación de Belén, donde veía que ella era la encargada de hacer el aseo, que se le daban las instrucciones de hasta dónde podía entrar, hasta donde no se podía entrar, era la que hacía los tintos, en caso de tener una reunión ella la que limpiaba en las reuniones en la parte de subestaciones. Preciso que en la subestación no había ninguna oficina de Conservicios, por lo tanto la empresa tenía una parte asignada para las niñas de servicios generales que siempre eran como unas 5 o 6 personas que estaban allá trabajando y ellas pertenecían a la parte de gerencia; que él a veces llegaba y necesitaba algo y decían que no, porque estaban ocupadas porque la secretaria le ordenó ir para tal parte, o que ellos necesitaban a veces hacer aseo para una reunión o para hacer una actividad en un salón de conferencias, y se lo pedían a la demandante y ella decía que estaba ocupada porque le dieron otra orden; que las órdenes se las daba la jefe de ella que era la gerencia. Manifestó que la demandante era la encargada de que se cumplieran las funciones y los horarios; que nunca vio que le dieran alguna orden a la demandante por parte de CENS.
- La señora **ZORAIDA TORRADO FERRER** informó que también trabajó para CENS en el área de servicios generales, siendo compañera de la demandante durante 11 años; que a las trabajadoras que prestaban servicios generales en CENS las supervisaba una señora que llevaron de Bucaramanga, perteneciente a la empresa Seasin; narró que Miriam siempre estaba en la gerencia, que allí le daban órdenes relacionadas con que tenía que estar siempre allí, en la reuniones; que ella no salía de gerencia, siempre atendiendo allá y

nunca la veían por los pasillos; que en los mismos contratos con las empresas, se les asignaba un lugar dónde debían prestar sus servicios; que entraban todos los días a las 5:00 am y duraban todo el día trabajando.

- El señor **CARLOS ALBERTO GENE CASTILLO**, testigo traído a juicio por la parte demandada, indicó que trabaja en la empresa hace 31 años y en la actualidad se desempeña como jefe del área de servicios corporativos; con respecto al proceso de contratación de las empresas contratistas, precisó que CENS, al requerir ese tipo de servicios, publica en su página web para que se presenten aquellas entidades o personas jurídicas que consideran cumplen los requisitos formales que la empresa exige para este tipo de situación; que entonces esas eran unas empresas civiles o comerciales dentro de cuyo objeto figura el servicio que la empresa solicitaba de limpieza, mantenimiento y cafetería; narró que la empresa contratista se encargaba de entregarle a sus trabajadoras, los uniformes, la dotación y los insumos y herramientas de trabajo; destacó que dentro del contrato civil o comercial existen unas funciones o actividades que los operarios que dicha contratista envía a la organización, y que allí figura lo que se tiene que hacer; que al interior de la organización existía por parte del contratista un coordinador quien se encargaba de armonizar las actividades y las funciones del personal o de todo el personal que pertenecía a ese contrato, y que era a través de esa persona que se recibían las órdenes, y la señora Miriam cumplía aquellas solicitudes de servicio de tinto y limpieza de acuerdo con lo especificado en ese contrato; con relación al horario de prestación del servicio, el mismo estaba dentro de las especificaciones técnicas de la prestación del servicio que el contratista aceptó.

Con respecto a la contratación que se lleva a cabo en CENS, explicó que la empresa utiliza la figura de empresa de servicios temporales, quienes les suministra trabajadores en misión para lo que dice la ley, para vacaciones, licencias, incapacidades médicas y algunos incrementos en la producción, razón por la cual es imposible contratar las actividades que desempeñaba la demandante a través de un contrato civil comercial mediante la modalidad de trabajadores en

misión; que CENS nunca ha contratado actividades de limpieza, cafetería, aseo, bajo la modalidad de empresa de servicios temporales que suministren como trabajadoras en misión; que los contratos civiles comerciales los maneja un área especializada que es de suministro y soporte administrativo, donde el contratista es autónomo administrativa y económicamente para la contratación; que la empresa no tiene ninguna inferencia allí; que ellos simplemente atienden y cumplen con las especificaciones técnicas, legales y normativas que están en los pliegos, para efecto de prestar un excelente servicio a la organización respecto a lo que se le está solicitando en el contrato. Indicó que la secretaria de la gerencia tiene dentro de sus atribuciones, el darles órdenes a los trabajadores de CENS y ahí en la gerencia, además de la persona enviada por el contratista hay un técnico administrativo de CENS, quien debe estar pendiente de que todo marche bien, y que mas que órdenes, se le daban instrucciones y observaciones, para una buena atención.

- La señora **VILMA DEL SOCORRO PEÑA ANGULO** señaló que conoce a la demandante porque esta prestaba sus servicios a través de una firma contratista en Centrales Eléctricas para el servicio de aseo y mantenimiento de las instalaciones físicas de la empresa, desde hace unos 8 o 9 años, aproximadamente; que las trabajadoras de los contratistas tenían siempre uniforme con el nombre de dichas empresas; precisó que CENS ya no compra los elementos de aseo, por ejemplo papel higiénico, jabón, toallas de manos, el café, las aguas aromáticas, ya que todo esto era a través de las empresas que se contrata para la prestación de esos servicios; que CENS dentro de este tipo de contrato, designa a un interventor que son los que tienen relación con el supervisor que nombra el contratista; que es a través de los supervisores que se coordina el trabajo de las señoras que prestan el servicio.

De lo anterior, surge patente para esta Sala, que la relación existente entre la señora Villegas Martínez y la empresa CENS, se ciñó a los postulados del artículo 34 del CST, en donde las empresas que ofrecieron los servicios de la demandante en beneficio de la demandada actuaron en calidad de

“contratistas independientes” y no como simples intermediarias conforme a lo dispuesto en el artículo 35 del CST.

Y es que se evidencia en el proceso que la actora ejerciera sus actividades de forma subordinada por parte de CENS, ya que si bien los testigos traídos a juicio por aquella indicaron que recibía órdenes por parte de la secretaria de la gerencia de la empresa, manifestaron no haber visto que esto ocurriera, y la señora Zoraida indicó que la demandante siempre permanecía en la gerencia, sin verla en los pasillos, por lo que no podría ser testigo presencial de la manera cómo la demandante desarrollaba sus funciones; simplemente indicaron los señores **BELISARIO GELVEZ MARTÍNEZ** y **ZORAIDA TORRADO FERRER** que a la demandante se le daban órdenes de hasta dónde podía entrar, o que permaneciera en la gerencia, no pudiendo ser considerado esto como el ejercicio del poder subordinante de CENS sobre la trabajadora, ya que la empresa que se beneficia del servicio puede dar instrucciones encaminadas a determinar la forma en cómo se prestará el mismo, en qué horario y en qué dependencias; así mismo, se probó que los materiales, herramientas, e implementos utilizados en la prestación del servicio, así como la dotación eran suministrados por la empresa contratista, que las trabajadoras portaban su uniforme con el logo de las mismas, y que las contratistas nombraban un supervisor que se entendía con el interventor nombrado por CENS, para el cabal funcionamiento del objeto de los contratos, lo cual fue corroborado por la señora **ZORAIDA TORRADO FERRER**, siendo todo esto característico del desarrollo de una relación independiente y autónoma, propia de los contratistas independientes.

Alega el apelante que “el mismo señor Carlos Alberto Gene, quien obra como jefe administrativo en una de las unidades de Centrales Eléctricas, dijo que las funciones las realizaba (la demandante) en la gerencia y que las órdenes las recibía de la secretaria de la gerencia”; sin embargo, esto no atiende de manera exacta a lo dicho por el señor Gene, ya que lo que realmente indicó fue, lo siguiente:

En el momento en que el apoderado de la demandada le pregunta “si la secretaria de gerencia en Centrales Eléctricas tiene dentro de sus atribuciones, darle órdenes a algún trabajador en Centrales Eléctricas, caso específico, darle órdenes a las personas de servicios generales, tiene esa

atribución?, el señor Gene indicó: “ pues sí la tiene, porque sucede que quien está pendiente de la atención de la gerencia, tiene que haber una persona además de la del contratista y ella como técnico administrativo de la organización pues debería estar pendiente que todo marchara perfectamente y más que órdenes eran como instrucciones y observaciones para una muy buena atención de la gerencia”.

Siendo claro que se precisó que la secretaria de la gerencia, tenía atribuciones para darle instrucciones y observaciones a la persona de servicios generales que se encontrara allí, con el fin de que las actividades se desarrollen en debida forma, lo que, como se dijo, no es ajeno a una labor autónoma, la cual, a pesar de desarrollarse de forma independiente, debe contar con ciertos parámetros a ser observados y que pueden ser establecidos por el beneficiario final del servicio.

Así las cosas, considera esta Sala que no es posible determinar la existencia de un contrato de trabajo entre la señora Miriam Villegas Martínez y la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER SA ESP EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS- CENS S.A. E.S.P., en aplicación, ni del artículo 35 CST ni del artículo 2.1. del Acuerdo Marco Sectorial, cuyas estipulaciones, según se analizó, fueron observadas integralmente por la pasiva en el desarrollo de la contratación realizada para las actividades relacionadas con los servicios generales, y que se dieron de manera “autónoma e independiente, con sus propios medios y sin que sus trabajadores estén subordinados ni dependan en su trabajo de la empresa”, tal y como se pactó en el ya mentado Acuerdo.

En virtud de lo anterior, procede la Sala a CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 27 de julio de 2018, en cuanto absolvió a la pasiva de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante.

Con relación al recurso de apelación presentado por la parte demandada en cuanto al valor de la condena en costas impuestas por el A quo, es menester indicar que en virtud del numeral 5 del artículo 366 del CGP, la oportunidad procesal para controvertir el monto de las agencias en derecho, es a través de los recursos de reposición y apelación en contra del auto que apruebe su liquidación, por lo que no será objeto de estudio en esta instancia.

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 MIRIAM VILLEGAS MARTÍNEZ y en favor de la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., 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.

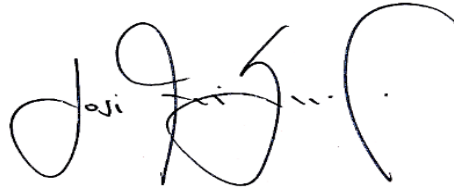
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 18 de abril de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$877.803 m/cte.) a cargo de la señora MIRIAM VILLEGAS MARTÍNEZ y en favor de la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura y a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.
Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



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

Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2018-00215-00
RADICADO INTERNO:	18.960
DEMANDANTE:	TEODORO DUARTE ACEVEDO
DEMANDADO:	PORVENIR S.A. – PROTECCIÓN y COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor TEODORO DUARTE ACEVEDO contra PROVENIR S.A. – PROTECCIÓN y COLPENSIONES radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2018-00215-00, y radicación interna N° 18.960 de este Tribunal Superior, a resolver el recurso de apelación interpuesto por parte de las accionadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN, COLPENSIONES, y el Ministerio Público en contra de la sentencia del 12 de diciembre 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:

3.1 Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala resolverá la impugnación presentada por la parte demandada, y el Ministerio Público contra la sentencia del 12 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: *Decretar la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que el demandante hizo a la Administradora de Fondo de Pensiones el día 11 de noviembre de 1997.*

SEGUNDO: *Condenar a la Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A y Porvenir S.A a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 176 C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones.*

TERCERO: Ordenar a la Administradora de Fondo de Pensiones – Colpensiones, que una vez la Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A. y Porvenir de cumplimiento a lo aquí ordenado proceda a aceptar el traslado del Señor TEODORO DUARTE ACEVEDO del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

CUARTO: Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A y Porvenir S.A asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiesen causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de las pretensiones de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del artículo 963 del C.C. todo conforme a las motivaciones que anteceden la sentencia.

QUINTO: Condenar en costas a cargo de los demandados Protección, Porvenir y Colpensiones en suma de \$500.000”

3.2 Fundamento de la decisión

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

1. Que la legislación vigente señala la posibilidad de traslado de regímenes de pensión, en el literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que el afiliado se puede pasar de un régimen a otro, siempre que haya permanecido como mínimo cinco años en el régimen al cual quiere trasladarse, así como tampoco podrá cambiar de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le dé derecho a la pensión.

2. Agregó que el afiliado es libre de elegir el régimen y el fondo de pensiones tanto en la primera vez que se afilia, como en las veces que decida cambiarse.

3. Que en el presente caso no existe prueba alguna que indique que al momento de traslado realizado por el actor al régimen pensional administrado por Porvenir y Protección S.A., hubiere recibido la información que le facilitara una escogencia de fondo pensional, y que verdaderamente con dicho traslado adquiriera más beneficios.

4. Por lo anterior, accede a las pretensiones de la demanda, ordenando que se dé el trámite de traslado, siendo éste favorable, toda vez que se dio de manera oportuna, y no le era dable al fondo de pensiones limitar a guardar la posibilidad que tenía la afiliada de elegir una afiliación al fondo de Régimen de prima media con prestación definida, y aclara que dentro de los principios del Sistema de Seguridad Social en materia de régimen de pensiones, siempre se ha señalado la afiliación o la elección del régimen pensional es facultativo por parte de la demandante.

4 DE LA IMPUGNACIÓN

4.1 PORVENIR

La A.F.P. PORVENIR presenta recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Señaló que dentro del expediente se encuentra probado que el demandante actualmente se encuentra vinculado al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. por lo que al ocurrir ese traslado entre fondos privados, esto es, de Porvenir a Protección dicho traslado implicó que todos los dineros que se encontraban en la cuenta de ahorro individual del actor fueron trasladados a este fondo de pensiones, encontrándose la cuenta que tenía el demandante en ceros; por lo que consideró que es de imposible cumplimiento las condenas proferidas en contra de Porvenir S.A.
- Que en gracia de discusión se debe tener en cuenta que en el momento en que se hace el traslado de los dineros disponibles de la cuenta de ahorro individual que tenía el actor en Porvenir, a Protección, se hace con lo disponible en la cuenta, entendiéndose por ello los aportes, sus rendimientos o frutos y los dineros que se tuvieran en bonos pensionales, de manera que al haberse entregado esos frutos por parte de Porvenir considera que esos gastos de administración debe ser reconocidos a Porvenir S.A., y por ende no es procedente esa condena de restitución de esos gastos en los que incurrió el recurrente.
- Que en reiterada jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia establece los requisitos de procedencia de declaratoria de ineficacia de la afiliación o traslado, siendo uno de ellos, la insuficiencia de información que impide el acceso al derecho; sin embargo consideró que en el expediente no obra prueba alguna acerca de que si el señor demandante permanece en el régimen de ahorro individual, en este caso en Protección debido al traslado que efectuó entre fondos el actor, no pueda acceder a su derecho pensional, por lo que considera que no se cumple con uno de los requisitos establecidos por la Jurisprudencia para su procedencia por lo que solicita sea revocada la sentencia en su integralidad.
- Indicó en cuanto a las costas que atendiendo los criterios establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura para la fijación de agencias en derecho, debe tenerse en cuenta la naturaleza del asunto, la duración del proceso, la dificultad del mismo, así como lo que implique la practica de pruebas en dichos procesos, se fija esas agencias en derecho, y que en el presente caso este tipo de procesos no ameritan un gran desempeño procesal habida cuenta que esta suficientemente decantado estos asuntos por la jurisprudencia, considera que no se amerita ese monto de \$500.000 de agencias en derecho.

4.2 COLPENSIONES

El apoderado de COLPENSIONES presenta recurso de apelación sobre las costas exclusivamente, afirmando:

- Que impugna los numerales tercero y quinto de la sentencia, en cuanto a la orden para que se acepte el traslado de los aportes del demandante, por cuanto los afiliados al sistema general de pensiones solo podrán trasladarse al régimen de ahorro individual cuando hayan permanecido como 5 años en el mismo, y no le falten 10 años o menos para cumplir la edad; sin embargo en el presente caso el demandante se encuentra en el rango de edad de jubilación que exige la Ley, por lo que no es procedente que se declare la nulidad del traslado del RAIS.

- Solicita que se revoque la condena en costas por cuanto Colpensiones no tiene ninguna responsabilidad en la pretensión de la actora y actuó dentro de los lineamientos legales establecidos y son los fondos de pensiones quienes debieron suministrarle al actor la información adecuada y Colpensiones no intervino en dicho traslado, ya que de manera libre y voluntaria se trasladó.

4.3 PROCURADOR JUDICIAL EN ASUNTOS LABORALES

El representante del Ministerio Público presenta recurso de apelación respecto de lo siguiente:

- Que en la parte resolutive se condenó a que los fondos Protección y Porvenir asumieran con cargo a propio patrimonio los descuentos realizados en las cotizaciones específicamente limitándolos a los gastos de administración, por lo que indicó que no debe limitarse la condena únicamente a los gastos de administración sino que además debe incluirse todos aquellos descuentos que se realizaron en virtud del literal 3 del artículo 20 y literal b) del artículo 60 de la ley 100 de 1993, con base en que el capital que se debe trasladar a Colpensiones debe mantenerse indemne, y como quiera que la sanción de la ineficacia del traslado de régimen pensional obedece a la conducta indebida por parte del fondo quien no cumplió la carga de información que le era exigible, tales fondos deben asumir con cargo en su propio patrimonio los gastos de administración y no solo a esos, sino a otros descuentos como son las cotizaciones destinadas al fondo de solidaridad y garantía, y las cotizaciones para efectos del pago de los seguros provisionales de invalidez y pensión de sobrevivientes.

4.4 Protección S.A

La A.F.P. PROTECCIÓN presenta recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Los gastos de administración es el descuento del manejo de la cuenta del afiliado y están autorizados por la Ley en atención al esfuerzo que hizo el fondo en mantener el ahorro del afiliado en buenas condiciones
- Dentro del expediente no está acreditado que el demandante no pueda acceder a un derecho pensional.
- Que el Código General establece que las costas no se fijan en la sentencia sino en auto para poder controvertir la fijación de las mismas.

2. 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 de conclusión

• **PARTE DEMANDADA:**

AFP PROTECCIÓN S.A solicita se revoque la sentencia condenatoria con fundamento en que el funcionamiento del régimen de ahorro individual con solidaridad está reglado en la Ley y no puede alegarse desconocimiento y menos por un profesional, cuando según el artículo 9° del Código Civil la ignorancia de la Ley no sirve de excusa para llegar afirmar que hubo mentiras y que hubo un asalto a la buena fe.

Agregó que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige, solo formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 en concordancia con el artículo 3° de esta norma.

Señaló también que el término para ejercer la acción de nulidad de la afiliación se encuentra prescrito en los términos del artículo 2536 del C.C modificado por el artículo 8° de la Ley 791 de 2002, que establece “la acción ejecutiva prescribe por cinco años. Y la ordinaria por diez (10)”

Alega además la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y los rendimientos cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos que refiere fueron realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de la AFP, la cual a su vez cobró una comisión para hacer rentar dichos dineros, por lo tanto considera que son conceptos excluyentes, es decir que no se pueden devolver los dos al afiliado, pues no hay causa ni fáctica ni jurídica para hacerlo, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que durante años ha realizado su representada, vulnerándose a la AFP el derecho a las restituciones mutuas con frutos, intereses y mejoras, y la igualdad de trato en el marco de una relación contractual presidida de buena fe.

COLPENSIONES indicó que, una vez revisada la Historia Laboral del demandante, no se evidencia afiliación al ISS hoy Colpensiones, sin embargo, de acuerdo con los hechos de la demanda, el demandante estuvo afiliado a CAJANAL hasta el año 1997, fecha en la cual efectuó el traslado a horizonte, motivo por el cual el traslado se presume legal.

Que conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “...*Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*”.

Conforme a la norma en cita, señaló que no es posible el traslado de régimen, debido a que el demandante nació el 17 de febrero de 1958 y a la fecha cuenta con 60 años, encontrándose a menos de 10 años de la edad para cumplir el requisito de edad.

Por último, resaltó que Colpensiones, no tuvo ninguna intervención al momento de brindar la información a la demandante, quien de manera libre y voluntaria tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión.

En cuanto a la condena en costas, COLPENSIONES, no está de acuerdo con la condena impuesta puesto que La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en desarrollo de sus actos, se desempeña dentro de los parámetros legales, siendo responsable y procediendo con lealtad. Las resoluciones proferidas por parte de mi representada son producto del estudio llevado a cabo por funcionarios idóneos.

3. 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 es el siguiente:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad o ineficacia del traslado del señor TEODORO DUARTE ACEVEDO del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A.?

6 CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor TEODORO DUARTE ACEVEDO, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., y por ende, si procede la ineficacia de traslado entre fondos del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, y la orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el Juez *a quo* consideró que estaban llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda por cuanto la jurisprudencia actual de la Sala de Casación Laboral y de esta Sala de Decisión Laboral imponen la carga de la prueba sobre la demandada en lo que respecta al cumplimiento del deber de brindar adecuada información, estando en este caso demostrada la insuficiencia de asesoramiento para la escogencia por parte de las demandadas; sin embargo, el apoderado de la A.F.P. PROTECCIÓN y PORVENIR interpusieron recurso de apelación argumentando que no debe existir condena en cuanto a la restitución de los gastos de administración y demás descuentos que se realizaron, como quiera que esos gastos son de obligatorio cumplimiento y no es a discreción de los fondos de pensiones que se hagan o no estos gastos, además porque estos nunca ingresan al patrimonio del fondo, luego no comprenden como debe restituir algo que no ingresa al patrimonio del fondo.

Procede la Sala entonces a abordar el problema jurídico suscitado, para lo cual se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al de ahorro individual por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

En virtud de lo anterior, para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiriera plena determinación, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber y así, de tal decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad. En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa.

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados

Más recientemente, dicha postura que solicita sea aplicada el apelante fue replanteada en decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico y la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación**

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones, no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1° del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda*

realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Prosigue la Corte identificando las normativas de diversa índole que se han proferido desde entonces para garantizar el cumplimiento de este deber a favor de los afiliados, imponiendo 3 puntos fundamentales:

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber *“de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.*

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.*

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”,* de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P

PORVENIR S.A., por ser el primer fondo de pensiones dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad al cual se afilió el actor; de esa manera, una vez argumenta el demandante que se omitió información a la hora de trasladarse, y que la suministrada era errónea y no se ajustaba a la realidad, atendiendo la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que el señor TEODORO DUARTE ACEVEDO se encontraba afiliada al entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL y mediante formulario de vinculación o traslado suscrito el 11 de noviembre de 1997 se afilió al FONDO DE PENSIONES HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., hasta el 27 de enero de 2000, ya que para esa fecha el afiliado en mención se trasladó del fondo PORVENIR S.A hacia la administradora PROTECCIÓN donde actualmente se encuentra activo; todo ello según consta en la historia laboral del actor obrante a folios 5 a 40, y en el formulario de afiliación suscrito que materializa el traslado.

Por ende, respecto al cambio posterior entre administradoras del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, debe advertirse en primer lugar que el objeto de estudio es el traslado entre regímenes sucedido directamente entre el ISS o Colpensiones, y la primera administradora del fondo de pensiones; de manera que si este traslado se torna nulo e ineficaz dicha consecuencia se extiende a los sucesos posteriormente entre administradoras del mismo régimen, debe resaltarse que es en el cambio entre regímenes donde cobra mayor relevancia el deber de información, pues es allí donde se desprenden las consecuencias para el afiliado respecto de sus expectativas pensionales y no cuando se da el cambio entre administradoras del mismo régimen privado.

Según se expone en la demanda, el actor el 11 de noviembre de 1997 se trasladó a la administradora de pensiones PORVENIR S.A., y posteriormente el día 27 de enero de 2000 hacia la administradora PROTECCIÓN, sin informar adecuadamente de las implicaciones del cambio entre régimen; situaciones que son rechazadas en la contestación por la demandada, afirmando que del formulario suscrito se desprende el consentimiento del afiliado, pero sin aportar una prueba que permita establecer cuáles fueron las actuaciones desplegadas al momento de buscar que la voluntad del actor de trasladarse se materializara.

Fluye entonces del escaso relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si A.F.P. PORVENIR brindó al señor TEODORO DUARTE ACEVEDO previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para noviembre de 1997 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; por lo que la información no fue suficiente y completa, por cuanto no se le indicó de manera detallada los riesgos o beneficios que podría generar el traslado, y tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PORVENIR S.A., no demostró haber actuado cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, para establecer si fue estudiada la situación pensional particular de la activa y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la demandante hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba concreta sobre el respaldo de los escuetos datos que manifestó proporcionar a TEODORO DUARTE ACEVEDO donde constan los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual.

En casos como el presente, el Tribunal de Cierre ha agregado que no se hace necesario probar una lesión o perjuicio al accionante por la insuficiencia de la información, que impida el acceso al derecho pensional, toda vez, que en la previamente citada sentencia SL1452 de 2019 la Sala de Casación Laboral estableció que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* de manera que *“sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse”* es la violación del deber de información la que constituye la invalidez del acto jurídico de traslado.

Finalmente, sobre la prescripción, al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su integro reconocimiento. Por lo tanto, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en los fondos privados por cambio de régimen pensional no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada.

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye por ejemplo en providencia SL361 de 2019 que *“la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada”*; y más recientemente en providencia SL1688 de 2019 ha reiterado que ***la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible***.

Es así como, concluido que PORVENIR S.A. incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante en el mes de noviembre de 1997 y que esta situación es declarable en cualquier tiempo al no ser susceptible del fenómeno de prescripción, habrán de imponerse entonces las consecuencias o efectos jurídicos que genera la

declaración que incluyen los cambios que el señor TEODORO DUARTE ACEVEDO hizo entre administradoras de fondo de pensiones del mismo régimen de ahorro individual, y que PROTECCIÓN realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES por ser el fondo donde actualmente se encuentra afiliado el demandante, tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente:

*«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. **deberá devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido**, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, tal y como ordenó el A Quo, sin que haya lugar a las adiciones solicitadas por el representante del Ministerio Público pues la sentencia de primera instancia es lo suficientemente clara al enunciar que en virtud de la nulidad declarada se deben devolver “todos los valores que hubiere recibido en virtud de la afiliación”.*

Ahora, se debe estudiar lo manifestado por el Agente del Ministerio Público en cuanto a que igualmente debe ordenarse a PROTECCIÓN a efectuar el traslado a COLPENSIONES de los descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, así como los gastos de administración.

Al respecto, debe manifestar esta Sala que la HCSJ en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, se pronunció de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro

individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En este mismo sentido, la mencionada Corporación en su sentencia Rad. 31989 del 8 de septiembre, señaló:

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR S.A, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado y el que se presentó entre administradoras del mismo régimen privado, no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de PROTECCIÓN hacia COLPENSIONES, de los gastos de administración así como de los descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, de haberse realizado los mismos, debiéndose ADICIONAR en este sentido la sentencia apelada.

Así mismo, en lo que respeta a las costas procesales, materia de inconformidad por Porvenir, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cuál es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto fueron vencidas COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR, a cargo de cada una de estas deberá imponerse las costas; así mismo, en lo referente al monto es necesario agregar que no es esta la oportunidad procesal para pronunciarse al respecto, dado que el numeral 5° del artículo 366 señala que “*la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas*”.

Conforme a lo anterior, la Sala confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia proferida el 12 de diciembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta y al no prosperar el recurso de apelación propuesto se condenará a las demandadas PROTECCIÓN y PORVENIR y parcialmente a COLPENSIONES en costas de segunda instancia, fijando como agencias en derecho a favor de la parte actora el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de PROTECCIÓN y PORVENIR y la suma de Doscientos cincuenta mil pesos a cargo de COLPENSIONES.

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 la sentencia del 12 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. que, en un término no mayor a 30 días, realice la devolución a favor de COLPENSIONES de los gastos de administración, así como de los descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, de haberse realizado los mismos, con respecto de los aportes efectuados por el actor.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. y parcialmente a COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho, a favor del actor, el equivalente a 1 salario mínimo mensual legal vigente a cargo de PROTECCIÓN y PORVENIR y la suma de Doscientos cincuenta mil pesos a cargo de COLPENSIONES.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 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: 54-001-31-05-001-2018-00281-01

Partida Tribunal: 18562

Juzgado: Primero Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: SINTRAELECOL

Demandada (o): CENS

Tema: Aplicación CCT

Asunto: Apelación de auto que resuelve excepciones previas.

San José de Cúcuta, diecisiete (17) de septiembre 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 providencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 12 de abril de 2019, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2018-00281-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18562 promovido por el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA DE COLOMBIA-SINTRAELECOL en contra de la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER SA ESP EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS-CENS 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 providencia, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

La organización demandante, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de CENS, pretendiendo que se declare que (i) el Acuerdo 004 del 7 y 8 de julio de 2014 expedido por el Comité de Escalafón, Capacitación y Ascenso, no puede modificar el campo de aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, que (ii) los trabajadores de categorías JA1, JA2, JA3 (correspondientes a jefes de área) y SG1, SG3, SG3 (correspondientes a subgerentes), no son cargos excluidos de la aplicación de la CCT y que por tanto, son beneficiarios de la misma, por extensión del artículo 471 del CST; igualmente, solicitó que se declare que la empresa y trabajadores no pueden modificar la CCT de manera unilateral y sin el proceso establecido legalmente y que la empresa, a través del mencionado Acuerdo, violó la CCT.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 113 a 120 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que el 3 de febrero de 2004, CENS y la SINTRAELECOL firmaron la Convención Colectiva de Trabajo 2004- febrero 2008, sin que se haya presentado un pliego de condiciones para negociar la misma, la cual se extiende a todos los trabajadores, en virtud del artículo 471 del CST.
2. Que las partes acordaron que solo serían excluidos de la aplicación de la CCT, quienes ingresen a ocupar en la empresa, cargos directivos asociados al nivel salarial P4.
3. Que la empresa decidió unilateralmente realizar un diseño organizacional en 2014, creando nuevos niveles y salarios, diferentes a los estipulados en la convención colectiva de trabajo.
4. Que la empresa estableció un nuevo cargo denominado “Jefe de Unidad” al cual le dio la correspondencia del nivel P4 de la tabla salarial convencional.
5. Que la empresa citó al llamado “Comité de Escalafón, Capacitación y Ascenso”, organismo convencional, conformado por dos personas

designadas por la empresa y de la organización sindical, en el cual se informó de dichos cambios y se levantó un acta numerada 004 de fecha 7 y 8 de agosto de julio de 2014, en la cual se manifestó que se “para el personal nuevo que ingrese a CENS a ocupar cargos directivos del nivel P4, JA y SG, se excluyen los beneficios convencionales”.

6. Que basados en esta acta, el gerente y un grupo de trabajadores firmaron otro sí o contratos de trabajo, a trabajadores de los niveles JA y SG, donde se excluyen del campo de aplicación de la CCT.
7. Que el 6 de febrero de 2017, 18 trabajadores afiliados a SINTRAELECOL radicaron en las oficinas del sindicato, un escrito donde se oponen a la modificación de la CCT.
8. Que con carta del 31 de julio de 2017, 74 trabajadores afiliados al sindicato, radicaron en oficinas del sindicato, un nuevo escrito oponiéndose a la modificación de la CCT.
9. Que desde el 2 de febrero de 2017, el presidente de la subdirectiva de SINTRAELECOL, solicitó a la empresa citación al comité permanente de coordinación y reclamos, para resolver “violación al acuerdo según acta 004 del 7 y 8 de julio de 2014 del comité de escalafón, capacitación y ascenso”.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificada del libelo demandatorio, la empresa demandada aceptó como ciertos los hechos 2, 3, 5, 7 al 10, 12, 19, 25, 27, 29, 30, como parcialmente ciertos el 4, 11, 15, 26, 31 y el resto que no son ciertos, o no le constan. Se opuso totalmente a las pretensiones, manifestando que la empresa y su Comité de Escalafón, Capacitación y Ascenso, que se materializó mediante Acta 004 de fecha 7 y 8 de julio de 2014, no ha violado la CCT, por el contrario, lo que se advierte es que conforme a dicha acta, se adelantó un procedimiento reglado en el mismo texto convencional, en los literales b y e del artículo 51, que señalan como funciones del Comité, entre otras, las de actualizar y recomendar el manual de funciones cuando se requiera, y a su vez, establece que en el evento en que la empresa por razones de su desarrollo, implemente nuevas políticas que afecten la estructura escalafonaria, éstas serán sometidas a previo estudio del comité, quien

someterá las conclusiones a la gerencia para su aprobación final, como en efecto ocurrió.

Como excepciones previas propuso la prescripción y la falta de agotamiento de reclamación administrativa; y como de fondo, la falta de jurisdicción y competencia por la naturaleza del conflicto planteado, la falta de jurisdicción y competencia respecto a la autoridad competente para verificar si hay violación de la convención colectiva de trabajo en abstracto y prescripción.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 12 de abril de 2019, resolvió declarar probada la excepción previa de falta de agotamiento de reclamación administrativa y por tanto, dio por terminado el proceso ordenando el archivo del expediente.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que consideró que una vez revisada a la totalidad de la documentación allegada por la parte interesada y por la demandada, encontró que brillaba por su ausencia reclamación alguna realizada de manera directa a la empresa respecto del asunto planteado en los hechos y pretensiones de la demanda, y siendo el agotamiento de la reclamación administrativa factor de competencia para el juez laboral, al no haberse agotado esta reclamación, determinó que no quedaba otro camino que declarar probada la excepción de falta de agotamiento de reclamación administrativa ordenando la terminación de la actuación y el archivo

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Al encontrarse en desacuerdo con la anterior providencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación en su contra, alegando que como consta en los hechos 23, 24, 25 y 26 del expediente, de los cuales es aceptado parcialmente el hecho 25 y aceptado el hecho 26, la organización sindical efectivamente presentó una solicitud dentro del procedimiento que

establece la convención colectiva, referente a hacer una petición directa a la empresa frente a la violación del acuerdo según el acta 004 del 7 y 8 de junio del 2014; que este documento además fue contestado por la empresa, cumpliendo así el requisito descrito por Juez consagrado en la norma procedimental; indicó que conforme al Código Procesal del Trabajo esta reclamación no tiene alguna forma específica, por lo que sí existe una reclamación y sí fue un reclamo escrito y además fue contestado por parte de la empresa; que este reclamo escrito tiene además como antecedentes, según se manifiesta en el hecho 23 y el hecho 24, las cartas de los trabajadores quejándose por la violación de la convención con este tipo de acuerdos, por lo que el hecho de que la empresa no haya dado un trámite de reclamación administrativa, no implica que la organización sindical haya dejado de agotar el trámite reglamentario que para el caso en concreto, lo cual es la reclamación directa por violación a la convención colectiva.

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 CENTRALES ELÉCTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., es una empresa de servicios públicos mixta, constituida como sociedad anónima, sometida al régimen general de servicios públicos domiciliarios y a las normas especiales que rigen el sector eléctrico; que al ser una entidad de la administración Pública, la parte actora debió agotar la reclamación administrativa que trata el artículo 4° de la Ley 712 de 2001 en armonía con el numeral 5 del artículo 14 de la misma Ley, que señala: “Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta (...).”

Precisó que dentro del proceso de la referencia no obra reclamación administrativa por parte del Sindicato de Trabajadores de Energía de

Colombia -SINTRAELECOL-, razón por la cual comparte los argumentos esbozados por el Juez en audiencia de fecha 12 de abril de 2019, al manifestar que las solicitudes que reposan son meramente reclamos o inconformidades presentados al Comité Permanente de Coordinación y Reclamos, sin que exista reclamación directa frente a las pretensiones que se persiguen dentro del presente proceso.

Alegó que la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., y su Comité de Escalafón, Capacitación y Ascenso que se materializó mediante el Acta 004 de fecha 7 y 8 de julio de 2014, no han violado la Convención Colectiva de Trabajo, por el contrario, lo que se advierte es que conforme a dicha Acta se adelantó un procedimiento reglado en el mismo texto convencional, en los literales b y e del artículo 51, que señalan como funciones del Comité entre otras, las de actualizar y recomendar el manual de funciones cuando se requiera, y a su vez establece que en el evento que la Empresa por razones de su desarrollo implemente nuevas políticas que afecten la estructura escalafonaria, éstas serán sometidas a previo estudio del mencionado Comité, quien someterá las conclusiones a la Gerencia para su aprobación final, como en efecto ocurrió.

Que las consideraciones de la parte actora se fundan en una interpretación errada y que no corresponde a la realidad, pues de ninguna manera es cierto que la empresa haya modificado la escala escalafonaria, por el contrario dicha escala se sigue manteniendo; que cosa distinta es que en atención a la necesidad de implementar la nueva estructura administrativa, pues el Grupo Empresarial EPM compró a CENS el 19 de marzo de 2009, la Empresa haya debido hacer uso del Comité de Escalafón, Capacitación y Ascenso, convocando al mismo para cumplir los fines de estudio y recomendación de las Descripciones (Manual de Funciones) de los nuevos cargos directivos y así modificar el nombre de los cargos y sus funciones, pero con todo ello, en cumplimiento al literal b. y e. del Artículo 51 de la CCT vigente.

Por último indicó que el Conflicto que se plantea en la demanda, es de naturaleza colectiva o económica y no jurídica (respecto a la exigencia de cumplimiento de norma convencional alguna) en tal sentido la vía

adecuada para discutir la teoría del caso que plantean los demandantes es la denuncia de la convención colectiva; que no le es dable al Juez Laboral por la vía del proceso laboral ordinario, resolver conflictos de naturaleza económica y en abstracto en torno al presunto incumplimiento o no de la Convención Colectiva de Trabajo.

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 en virtud del numeral 3 del artículo 65 CPTYSS, 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.

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 se encuentra debidamente acreditada la excepción previa falta de agotamiento de reclamación administrativa propuesta por CENS S.A. E.S.P. respecto de las pretensiones incoadas en la demanda de por parte de la organización sindical.

Se observa que el Juez A quo, al resolver la excepción previa de falta de competencia por falta de reclamación, encontró que revisado el expediente no se aportó el documento que acreditara la presentación de la misma, por lo que decretó la terminación y archivo del proceso.

Deberá la Sala entonces resolver el debate sobre existe en el proceso prueba de la reclamación administrativa presentada ante la empresa demandada, estableciendo inicialmente si dicho requisito es exigido para los procesos que se presenten en contra de CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER SA ESP EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS.

En principio, debemos decir que previo a la presentación de la demanda, para acudir ante la justicia laboral y llamar a juicio a las entidades públicas,

cualquiera que sea su naturaleza, es un requisito de procedibilidad presentar de forma previa ante éstas la reclamación o agotamiento administrativo, conforme lo establece el artículo 6° del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, la cual tiene como objeto esencial otorgarle a la Administración la oportunidad de pronunciarse sobre la petición del asociado y como una garantía para éste de obtener una respuesta por parte de ésta sin que tenga que acudir a una instancia judicial.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia de 13 de octubre de 1999, Radicación No. 12221, dispuso que:

“... el anterior procedimiento gubernativo tiene por finalidad que las entidades de derecho público y social con antelación a cualquier controversia ante los juzgados laborales, tengan la oportunidad de establecer, previo el estudio fáctico y jurídico que sea del caso, la procedencia o no del derecho que se pretende por el peticionario, y que de ajustarse a la ley la respectiva reclamación, la misma sea reconocida directamente por el ente obligado, logrando así, sin la intervención del Juez Laboral, la solución de un conflicto en cierne.”

“(...) a través del instituto de la vía gubernativa se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permite conocer de manera primigenia, es decir, antes que a los propios jueces del trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquellas y puedan así corregir por si mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial”.

Más recientemente, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1867 del 29 de mayo de 2018, Rad. 57.177 y M.P. CECILIA MARGARITA DURAN UJUETA, reiterando lo asentado en sentencia SL8603 de 2015, ha señalado que la reclamación administrativa **constituye un factor de competencia del juez del trabajo** cuando la demandada sea la Nación, las entidades territoriales o cualquiera otra entidad de la administración pública, resaltando que:

“La demanda contra una entidad oficial, para su habilitación procesal y prosperidad, ha de guardar coherencia con el escrito de agotamiento de la vía gubernativa, de suerte que las pretensiones del libelo y su causa no resulten diferentes a las planteadas en forma directa a la empleadora, porque de lo contrario se afectaría el legítimo derecho de contradicción y defensa e, incluso, se violaría el principio de lealtad procesal.

Significa lo anterior que mientras no se haya agotado dicho trámite, el juez del trabajo no adquiere competencia para conocer del asunto. La importancia de realizar la reclamación administrativa con anterioridad a iniciar la acción contenciosa radica en la posibilidad que la Ley le otorga a la administración pública de revisar sus propias actuaciones antes de que estas sean sometidas al conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, de modo que la falta de esta reclamación con anterioridad a la instauración de la demanda es insubsanable”

Conforme se observa, la Ley procesal laboral consagró la reclamación administrativa como un factor de competencia determinante para los jueces laborales, en la medida en que éstos sólo podían asumir el conocimiento de los procesos una vez que se agotara la reclamación administrativa, la cual se sujetaba a las normas del régimen administrativo.

De acuerdo a lo anterior, es una obligación del juez de conocimiento verificar en el momento de la admisión de la demanda cuando se trate de entidades públicas, que se cumpla con el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 6° del C.P.T. y de la S.S, esto es, verificar si se presentó la reclamación administrativa sobre los derechos pretendidos en la demanda. Y en esta circunstancia pueden sobrevenir dos posibilidades: La primera de ellas que el juez de conocimiento advierta que no se cumplió con el referido requisito de procedibilidad, caso en el cual debe rechazar de plano la demanda por falta de competencia; y, la segunda, se estructuraría cuando el juez omita este deber procesal de vigilar el cumplimiento de esta etapa prejudicial y admita la demanda existiendo esta falencia, caso en el cual le corresponde a la parte demandada, proponer oportunamente la excepción previa de falta de competencia por la falta de agotamiento de la vía gubernativa o falta de agotamiento de la reclamación administrativa, conforme los artículos 32 del CPTSS y 97 del CPC.

Y si la parte demandada, no ejerce debidamente el derecho de defensa y no propone las excepciones correspondientes para poner en conocimiento del juez la omisión del requisito de procedibilidad de agotamiento de la vía gubernativa consagrado en el artículo 6° citado, éste vicio procesal se sana, debido a que los artículos 135 del C.G.P. y 143 del C.P.C., disponen que no pueden alegar la nulidad quien omitió alegarla como excepción, y los artículos 136 del C.G.P. y 144 del C.P.C., establecen que las causales de nulidad se sanan cuando la parte que podía alegarla actuó sin proponerla.

Sobre la naturaleza jurídica de la demandada, se debe recordar que la ley 142 de 1994 creó el régimen de servicios públicos domiciliarios para regular las actividades de las prestadoras de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en sector rural; delimitó la forma de intervención que tendría el Estado en las mismas, y creó tres clases de empresas dependiendo del capital que la Nación, las entidades territoriales o entidades descentralizadas, si es del 100% es una EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL, si es igual o mayor al 50% es MIXTA y si es menor se identifica como PRIVADA.

En sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007, M.P. DR. MARCO GERARDO MONROY CABRA, al resolver demanda de constitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 128 de 1976, y el artículo 102 (parcial) de la Ley 489 de 1998, la Corte realizó sobre la naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarias las siguientes consideraciones:

“La noción de Rama Ejecutiva Nacional corresponde a la de Administración Pública Central, y excluye a las otras ramas del poder y a los órganos constitucionalmente autónomos. Siendo así las cosas, no habría inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, se “vinculan” a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a la Administración Central.

El constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de

la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial.

La Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.

Distintos pronunciamientos de la Rama Judicial han llegado a interpretaciones contrarias en lo relativo a si las empresas de servicios públicos mixtas (con participación mayoritaria de capital público o participación igualitaria de capital público y privado) y las empresas de servicios públicos privadas (con participación minoritaria de capital público) son o no sociedades de economía mixta. Al parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta resulta contraria a la Constitución. Ciertamente, según se dijo arriba, del artículo 365 superior se desprende que el régimen y la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos es especial.

La Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las “demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama

Ejecutiva en su sector descentralizado nacional. Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) **se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público”**

Fluye de lo expuesto, que independiente de la definición de CENS S.A. E.S.P. como una empresa de servicios públicos mixta o privada, esta debe entenderse como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional y por ende, encaja entre las entidades de la administración pública por las que el artículo 6º del C.P.T. y S.S. exige como factor determinante de la competencia, que previo a la interposición de la demanda se haya agotado la reclamación administrativa.

Es del caso resaltar que, si bien la norma establece que las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen por las reglas del derecho privado, el criterio establecido en el artículo 6º del procedimiento laboral para exigir la reclamación administrativa como requisito de procedibilidad, es la naturaleza jurídica de la entidad y no el carácter de la relación que esta tiene con sus empleados.

Determinado lo anterior, es necesario revisar si esta etapa fue surtida en el proceso, surgiendo patente que no fue aportado al expediente, material probatorio alguno que evidenciara la reclamación administrativa presentada ante el empleador, CENS en este caso; sin embargo, alega el apelante que en «los hechos 23, 24, 25 y 26 del expediente, de los cuales es aceptado parcialmente el hecho 25 y aceptado el hecho 26, la organización sindical efectivamente presentó una solicitud dentro del procedimiento que establece la convención colectiva, referente a hacer una petición directa a la empresa frente a la violación del acuerdo según el acta 004 del 7 y 8 de junio del 2014» y que además, esta solicitud fue debidamente contestada por la empresa, por lo que debe tenerse por presentada la reclamación administrativa en estudio.

En punto a este argumento, esta Sala considera que no le asiste la razón a la parte demandante, ya que los hechos que fueron aceptados como cierto y parcialmente cierto por la demandada, narran lo siguiente:

25. A su vez, desde el 2 de febrero de 2017, el presidente de la subdirectiva de SINTRAELECOL, solicitó a la empresa CENS citación al comité permanente de coordinación y reclamos, para resolver (sic) “violación al acuerdo según acta 004 del 7 y 8 de julio de 2014 del comité de escalafón, capacitación y ascenso”.

26. En acta 005 del comité permanente de coordinación y reclamos del 12 de febrero de 2017, se realizó un debate sobre un tramite (sic) de un concurso interno, pero la empresa sobre el acta 04 de 2014 afirmó:

“Toman la palabra los representantes de la empresa y manifiestan que el acta N°004 del 7 y 8 de julio de 2014 del comité de escalafón, capacitación y ascenso tuvo por objetivo estudiar y recomendar sobre la actualización de las descripciones de cargos, según lo estipulado en el literal b del artículo 51 de la convención colectiva (sic).

De otra parte, mediante la suscripción de dicha Acta las partes recomendaron a la Gerencia la incorporación al esquema de escalafón de los nuevos cargos Directivos con sus niveles y grados, salarios básicos y nombre del cargo, en cumplimiento al literal e del artículo 51 de la convención colectiva de trabajo vigente
(...)

Por lo anterior, el entonces Gerente General, doctor Luis Alberto Rangel Becerra, autorizó la recomendación dada por el Comité de Escalafón Capacitación y Ascenso en Acta 004 del 2014, pero modificó el nombre del cargo “subgerente distribución zona norte” por “subgerente distribución”.

Así las cosas, el Acta 004 del 2014 es catalogada por representantes de la empresa como una mera recomendación, que posteriormente fue utilizada para excluir a los trabajadores de nivel JA y SG de la aplicación de la convención colectiva (sic)”

De la anterior transcripción, es claro que la empresa en ningún momento aceptó, en la contestación a la demanda, que se hubiera presentado ante ella una reclamación administrativa que incluyera las peticiones que se incluyen en el escrito originario del presente proceso.

Incluso, en los hechos 24 y 25 a que hace referencia el apelante, se habla de cartas suscritas por trabajadores afiliados a SINTRAELECOL, radicadas en «las oficinas del sindicato», y no de la empresa empleadora, por lo que, incluso si estos hechos hubieran sido aceptados como ciertos por la demandada, no tendría esto la virtualidad de dar como probado el agotamiento de la reclamación administrativa.

Se observa a folios 109 a 111 del expediente, una comunicación suscrita por el señor José Miguel González Campo, en calidad de gerente general de CENS, se manifestó que “... la Organización Sindical en oficio N°021 del 2 de febrero del presente año con radicado 201700002394, solicitó a la Empresa convocar a Comité Permanente de Coordinación y Reclamos por la presunta violación al acuerdo según Acta N°004 del 7 y 8 de julio de 2014 del Comité de Escalafón, Capacitación y Ascenso, y también para tratar la respuesta dada por la Empresa en comunicación del 31 de enero de 2017 con radicado 201700003181”.

De la misma, si bien se evidencia que la organización sindical en efecto presentó una solicitud a la demandada el 2 de febrero de 2017, no se tiene certeza acerca del contenido de la misma, ya que se expresa en la misiva, que se solicitó convocar a un comité por la presunta violación al acuerdo, sin que se especifique la causa de dicha violación y si lo informado a la demandada se ajusta a lo precisado en los hechos y pretensiones de la demandada que hoy nos ocupa, por lo que la manifestación realizada por el Gerente General de la empresa, no da fe de que se hubiera surtido en debida forma, la etapa previa ya discutida.

Así las cosas, encuentra la Sala que le asistió la razón al Juez A quo en cuanto encontró probada la excepción previa de falta de reclamación administrativa, por cuanto la norma establece el requisito de procedibilidad de manera categórica, y el mismo no se demuestra cumplido en este caso, debiéndose CONFIRMAR la decisión de decretar la terminación del presente proceso ordinario laboral, disponiendo la devolución de la demanda y sus anexos a la parte demandante.

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 SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA DE COLOMBIA-SINTRAELECOL y en favor de CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER SA ESP EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS- CENS S.A. E.S.P., 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.

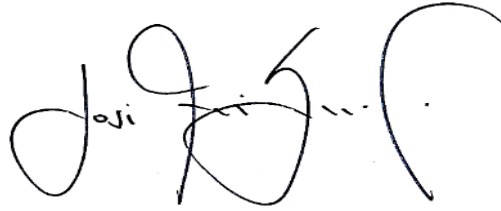
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 18 de abril de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$877.803 m/cte.) a cargo del SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA DE COLOMBIA-SINTRAELECOL y en favor de CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER SA ESP EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS- CENS S.A. E.S.P., conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura y a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.
Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



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

Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2018-00379-00
RADICADO INTERNO:	18.961
DEMANDANTE:	GLADYS MARTHA CUESTA RUIZ
DEMANDADO:	PORVENIR S.A. y COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora GLADYS MARTHA CUESTA RUIZ contra PROVENIR S.A. y COLPENSIONES radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2018-00370-00, y radicación interna N° 18.961 de este Tribunal Superior, a resolver el recurso de apelación interpuesto por parte de las accionadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN, COLPENSIONES, y el Ministerio Público en contra de la sentencia del 10 de febrero de 2020, 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:

3.1 Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala resolverá la impugnación presentada por la parte demandada y el Ministerio Público contra la sentencia del 10 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual ordenó a PORVENIR S.A a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora GLADYS MARTHA CUESTA RUIZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como dispone el artículo 1746 C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y ordenó a ésta, recibir el traslado de la accionante GLADYS MARTHA CUESTA RUIZ y ordena a PORVENIR asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado en caso de que se hubiesen causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del artículo 963 C.C

3.2 Fundamento de la decisión

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

1. Que la legislación vigente señala que la posibilidad de traslado de regímenes de pensión está contemplada en el literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que el afiliado se puede pasar de un régimen a otro, siempre que haya permanecido como mínimo cinco años en el régimen al cual quiere trasladarse, así como tampoco podrá cambiar de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le dé derecho a la pensión.

2. Agregó que la afiliada es libre de elegir el régimen y el fondo de pensiones tanto en la primera vez que se afilia, como en las veces que decida cambiarse.

3. Que en el presente caso no existe prueba alguna que indique que al momento de traslado realizado por la actora al régimen pensional administrado por Porvenir y Protección S.A., hubiere recibido la información que le facilitara una escogencia de fondo pensional, y que verdaderamente con dicho traslado adquiriera más beneficios.

4. Por lo anterior, accede a las pretensiones de la demanda, ordenando que se dé el trámite de traslado, siendo éste favorable, toda vez que se dio de manera oportuna, y no le era dable al fondo de pensiones limitar a guardar la posibilidad que tenía la afiliada de elegir una afiliación al fondo de Régimen de prima media con prestación definida, y aclara que dentro de los principios del Sistema de Seguridad Social en materia de régimen de pensiones, siempre se ha señalado la afiliación o la elección del régimen pensional es facultativo por parte de la demandante.

4 DE LA IMPUGNACIÓN

4.1 PORVENIR

La A.F.P. PORVENIR presenta recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Señaló que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva releva a Porvenir S.A de todo cargo habida consideración que fue Protección S.A quien realizó el traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, luego en el evento en que se concluya que se incurrió en acción u omisión alguna que generó ese indebido traslado o que dio lugar a la ineficacia del traslado es atribuible a Protección S.A.
- Explicó que si bien es cierto la actora se encuentra afiliada a Porvenir S.A consideramos que lo justo y lo correcto es que PORVENIR S.A hiciese devolución de esos aportes o rendimientos, pero quien debe asumir esa desmejora patrimonial, el pago de las comisiones de administración, el pago de las primas de seguros, y todas las demás condenas debería ser Protección S.A por cuanto se reiteró es ese fondo de pensiones quien realizó el traslado de régimen.

- Que en gracia de discusión se debe tener en cuenta que el artículo 964 del C.C aplicable en este caso por cuanto se declara la ineficacia o nulidad del traslado expresa en su inciso final que en toda restitución de frutos que fue lo ordenado en la sentencia se abonará al que la hace los gastos ordinario que ha invertido en producirlos, por lo que en el caso de los fondos de ahorro individual es necesario incurrir en una serie de gastos para poder operar o funcionar o generar esos rendimientos, y que corresponden a comisión de administración que es para pagar todo lo que implica el ejercicio de esa actividad comercial.
- Que de igual manera se manifiesta en la sentencia que se debe asumir todas las mermas y gastos incluidos los pagos de las primas, los pagos al fondo de solidaridad y demás gastos, sin embargo considera el recurrente que esos gastos son de obligatorio cumplimiento porque son obligaciones que son consagradas en la Ley 100 de 1993 y no es a discreción de los fondos de pensiones que se hagan o no estos gastos estos nunca ingresan al patrimonio del fondo Porvenir luego no entendemos como debemos restituir algo que no ingresa al patrimonio del fondo, por ende no es posible restituir algo que no ingresó.
- En cuanto a la prima de seguros indicó que se debe tener en cuenta que esas primas de seguros se pagaron a terceros que son aseguradoras y que si es así deben hacer parte en este proceso y no lo son.

4.2 COLPENSIONES

El apoderado de COLPENSIONES presenta recurso de apelación sobre las costas exclusivamente, afirmando:

- Que la actora tuvo la opción de escoger libremente su derecho a trasladarse de fondo sin ninguna presión realizada por dicho fondo.
- Solicita que se revoque la condena en costas por cuanto Colpensiones no tiene ninguna responsabilidad en la pretensión de la actora.

4.3 PROCURADOR JUDICIAL EN ASUNTOS LABORALES

El representante del Ministerio Público presenta recurso de apelación respecto de lo siguiente:

- Que en la parte resolutive se condenó a que los fondos Protección y Porvenir asumieran con cargo a propio patrimonio los descuentos realizados en las cotizaciones específicamente limitándolos a los gastos de administración, por lo que indicó que no debe limitarse la condena únicamente a los gastos de administración sino que además debe incluirse todos aquellos descuentos que se realizaron en virtud del literal 3 del artículo 20 y literal b) del artículo 60 de la ley 100 de 1993, con base en que el capital que se debe trasladar a Colpensiones debe mantenerse indemne, y como quiera que la sanción de la ineficacia del traslado de régimen pensional obedece a la conducta indebida por parte del fondo quien no cumplió la carga de información que le era exigible, tales fondos deben asumir con cargo en su propio patrimonio los gastos de administración y no solo a esos, sino a otros descuentos como son las cotizaciones destinadas al fondo de solidaridad y garantía, y las

cotizaciones para efectos del pago de los seguros provisionales de invalidez y pensión de sobrevivientes.

4.4 Protección S.A

La A.F.P. PROTECCIÓN presenta recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Que presenta inconformidad con la condena en costas, y se declara no probada la excepción de falta de legitimación en la causa.
- Que la actora estaba afiliada actualmente al fondo de pensiones Porvenir S.A y le correspondía asumir la contradicción de las pretensiones de la demanda.
- Si bien, la actora estuvo afiliada anteriormente a Protección, es Porvenir el fondo, en el cual, la actora se encuentra afiliada en este momento.
- Que existe inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia por falta de causa, pues la comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de cada afiliado los cuales están autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

2. 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 de conclusión.

• PARTE DEMANDADA:

AFP PROTECCIÓN S.A solicita se revoque la sentencia condenatoria con fundamento en que el funcionamiento del régimen de ahorro individual con solidaridad está reglado en la Ley y no puede alegarse desconocimiento y menos por un profesional, cuando según el artículo 9° del Código Civil la ignorancia de la Ley no sirve de excusa para llegar afirmar que hubo mentiras y que hubo un asalto a la buena fe.

Agregó que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige, solo formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 en concordancia con el artículo 3° de esta norma.

Señaló también que el término para ejercer la acción de nulidad de la afiliación se encuentra prescrito en los términos del artículo 2536 del C.C modificado por el artículo 8° de la Ley 791 de 2002, que establece “la acción ejecutiva prescribe por cinco años. Y la ordinaria por diez (10)”

Alega además la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y los rendimientos cuando se declara la nulidad y/o ineficacia

de la afiliación, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos que refiere fueron realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de la AFP, la cual a su vez cobró una comisión para hacer rentar dichos dineros, por lo tanto considera que son conceptos excluyentes, es decir que no se pueden devolver los dos al afiliado, pues no hay causa ni fáctica ni jurídica para hacerlo, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que durante años ha realizado su representada, vulnerándose a la AFP el derecho a las restituciones mutuas con frutos, intereses y mejoras, y la igualdad de trato en el marco de una relación contractual presidida de buena fe.

COLPENSIONES indicó que una vez revisada la Historia Laboral de la señora GLADYS MARTHA CUESTA RUIZ, la misma certifica que presenta un Traslado Aprobado del ISS a un Fondo de Pensión Privado PROTECCIÓN S.A. desde el 1 de noviembre del año 1995.

A la fecha, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicio del consentimiento en el contrato suscrito con la AFP del RAIS alegado por la interesada, debió probarse en el desarrollo del proceso judicial, situación que no ocurrió.

Que conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “...Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

Conforme a la norma en cita, señaló que no es posible el traslado de régimen, debido a que el demandante nació el 17 de febrero de 1958 y a la fecha cuenta con 60 años, encontrándose a menos de 10 años de la edad para cumplir el requisito de edad.

Por último, resaltó que Colpensiones, no tuvo ninguna intervención al momento de brindar la información a la demandante, quien de manera libre y voluntaria tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión.

En cuanto a la condena en costas, COLPENSIONES, no está de acuerdo con la condena impuesta puesto que La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en desarrollo de sus actos, se desempeña dentro de los parámetros legales, siendo responsable y procediendo con lealtad. Las resoluciones proferidas por parte de mi representada son producto del estudio llevado a cabo por funcionarios idóneos.

3. 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 es el siguiente:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la señora GLADYS MARTHA CUESTA RUIZ del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PROTECCIÓN S.A.?

6 CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora GLADYS MARTHA CUESTA RUIZ, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., y por ende si procede la ineficacia de traslado entre fondos del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, y la orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el Juez *a quo* consideró que estaban llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda por cuanto la jurisprudencia actual de la Sala de Casación Laboral y de esta Sala de Decisión Laboral imponen la carga de la prueba sobre la demandada en lo que respecta al cumplimiento del deber de brindar adecuada información, estando en este caso demostrada la insuficiencia de asesoramiento para la escogencia por parte de las demandadas; sin embargo, el apoderado de la A.F.P. PROTECCIÓN y PORVENIR interpusieron recurso de apelación argumentando que no debe existir condena en cuanto a la restitución de los gastos de administración y demás descuentos que se realizaron como quiera que esos gastos son de obligatorio cumplimiento y no es a discreción de los fondos de pensiones que se hagan o no estos gastos, además porque estos nunca ingresan al patrimonio del fondo, luego no comprende como debe restituir algo que no ingresa al patrimonio del fondo.

Procede la Sala entonces a abordar el problema jurídico suscitado, para lo cual se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al de ahorro individual por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

En virtud de lo anterior, para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber y así, de tal decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad. En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa.

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones

injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados

Más recientemente, dicha postura que solicita sea aplicada el apelante fue replanteada en decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico y la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación**

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones, no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1° del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*.

Prosigue la Corte identificando las normativas de diversa índole que se han proferido desde entonces para garantizar el cumplimiento de este deber a favor de los afiliados, imponiendo 3 puntos fundamentales:

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber *“de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente*” de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues “*la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información***” dado que “*el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado*”.

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que “*es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez*”, de manera que “*si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo*” el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P. PROTECCIÓN por ser el primer fondo de pensiones al cual se afilió la actora; de esa manera, una vez argumenta la demandante que se omitió información a la hora de trasladarse, y que la suministrada era errónea y no se ajustaba a la realidad, atendiendo la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliada al entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL y mediante formulario de vinculación o traslado suscrito el 1º de octubre de 1995 se afilió al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN, hasta el 31 de diciembre de 1999, ya que el día 30 de noviembre de 1999, la señora GLADYS MARTHA CUESTA RUIZ solicitó traslado del fondo de PROTECCIÓN hacia la administradora Colpatria hoy PORVENIR S.A donde actualmente se encuentra activa; todo ello según consta en la historia laboral de la actora obrante a folios 8 a 17, y en el formulario de afiliación suscrito que materializa el traslado.

Por ende, respecto al cambio posterior entre administradoras del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, debe advertirse en primer lugar que el objeto de estudio es el traslado entre regímenes sucedido directamente entre el ISS o Colpensiones, y la primera administradora del fondo de pensiones; de manera que si este traslado se torna nulo e ineficaz dicha consecuencia se extiende a los sucedidos posteriormente entre administradoras del mismo régimen, debe resaltarse que es en el cambio entre regímenes donde cobra mayor relevancia el deber de información, pues es allí donde se desprenden las consecuencias para el afiliado respecto de sus expectativas pensionales y no cuando se da el cambio entre administradoras del mismo régimen privado.

Según se expone en la demanda, la actora el 1° de octubre de 1995 se trasladó a la administradora de pensiones PROTECCIÓN y posteriormente el día 30 de noviembre de 1999 hacia la administradora Colpatria, actualmente PORVENIR, sin informar adecuadamente de las implicaciones de estos cambios; situaciones que son rechazadas en la contestación por la demandada, afirmando que del formulario suscrito se desprende el consentimiento de la afiliada, pero sin aportar una prueba que permita establecer cuáles fueron las actuaciones desplegadas al momento de buscar que la voluntad de la actora de trasladarse se materializara.

Fluye entonces del escaso relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si A.F.P. PROTECCIÓN brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para mayo de 1999 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; por lo que la información no fue suficiente y completa, por cuanto no se le indicó de manera detallada los riesgos o beneficios que podría generar el traslado, y tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PROTECCIÓN S.A., no demostró haber actuado cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, para establecer si fue estudiada la situación pensional particular de la activa y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la demandante hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba concreta sobre el respaldo de los escuetos datos que manifestó proporcionar a GLADYS MARTHA CUESTA RUIZ donde constan los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que la indujo en error de hecho

sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual.

En casos como el presente, el Tribunal de Cierre ha agregado que no se hace necesario probar una lesión o perjuicio a la accionante por la insuficiencia de la información, que impida el acceso al derecho pensional, toda vez, que en la previamente citada sentencia SL1452 de 2019 la Sala de Casación Laboral estableció que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* de manera que *“sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse”* es la violación del deber de información la que constituye la invalidez del acto jurídico de traslado.

Finalmente, sobre la prescripción, al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su integro reconocimiento. Por lo tanto, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en los fondos privados por cambio de régimen pensional no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada.

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye por ejemplo en providencia SL361 de 2019 que *“la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada”*; y más recientemente en providencia SL1688 de 2019 ha reiterado que ***la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible***.

Es así como, concluido que PROTECCIÓN S.A. incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de octubre de 1995 y que esta situación es declarable en cualquier tiempo al no ser susceptible del fenómeno de prescripción, habrán de imponerse entonces las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración que incluyen los cambios que la actora hizo entre administradoras de fondo de pensiones del mismo régimen de ahorro individual, y que PORVENIR S.A realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES por ser el fondo donde actualmente se encuentra afiliada la demandante, tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente:

*«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. **deberá devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido**, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, tal y como ordenó el A Quo, sin que haya lugar a las adiciones solicitadas por el*

representante del Ministerio Público pues la sentencia de primera instancia es lo suficientemente clara al enunciar que en virtud de la nulidad declarada se deben devolver “todos los valores que hubiere recibido en virtud de la afiliación”.

Ahora, se debe estudiar lo manifestado por el Agente del Ministerio Público en cuanto a que igualmente debe ordenarse a PORVENIR a efectuar el traslado a COLPENSIONES de los descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, así como los gastos de administración.

Al respecto, debe manifestar esta Sala que la HCSJ en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, se pronunció de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En este mismo sentido, la mencionada Corporación en su sentencia Rad. 31989 del 8 de septiembre, señaló:

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PROTECCIÓN, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado y el que se presentó entre administradora del mismo régimen privado, no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de PORVENIR S.A., hacia COLPENSIONES, de los gastos de administración así como de los descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, de haberse realizado los mismos, debiéndose ADICIONAR en este sentido la sentencia apelada.

Así mismo, en lo que respeta a las costas procesales, materia de inconformidad por Porvenir, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cuál es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto fueron vencidas COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR, a cargo de cada una de estas deberá imponerse las costas; así mismo, en lo referente al monto es necesario agregar que no es esta la oportunidad procesal para pronunciarse al respecto, dado que el numeral 5° del artículo 366 señala que *“la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*.

Conforme a lo anterior, la Sala confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia proferida el 9 de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta y al no prosperar el recurso de apelación propuesto se condenará a las demandadas PROTECCIÓN y PORVENIR y parcialmente a COLPENSIONES en costas de segunda instancia, fijando como agencias en derecho a favor de la parte actora el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de PROTECCIÓN y PORVENIR y la suma de Doscientos cincuenta mil pesos a cargo de COLPENSIONES.

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 la sentencia del 10 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. que, en un término no mayor a 30 días, realice la devolución a favor de COLPENSIONES de los gastos de administración, así como de los descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, de haberse realizado los mismos, con respecto de los aportes efectuados por la señora GLADYS MARTHA CUESTA RUIZ.

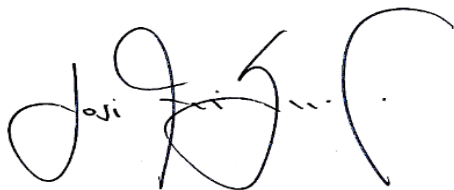
TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. y parcialmente a COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho, a favor de GLADYS MARTHA CUESTA RUIZ, el equivalente a 1 salario mínimo mensual legal

vigente a cargo de PROTECCIÓN y PORVENIR y la suma de Doscientos cincuenta mil pesos a cargo de COLPENSIONES.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



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

Cúcuta, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO : EJECUTIVO
RAD. ÚNICO : 54-001-31-05-002-2014-00417-00
P.T. : 18998
DEMANDANTE : MIGUEL ALFREDO NUÑEZ GÓMEZ
DEMANDADO : CUCUTA DEPORTIVO FUTBOL CLUB S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BÈLEN QUINTERO GELVES

Realizado el examen preliminar, se admite el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la parte demandante contra la providencia de fecha cinco (05) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

NIDIAM BÈLEN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.

Secretario



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

Diecisiete (17) de septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

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

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario Laboral de primera instancia instaurado por MIGUEL ANGEL GUERRERO ROMERO contra JAVIER FERNANDO BUSTAMANTE VILLAMIZAR con Radicación única 54-001-31-05-002-2016-00581-00 y Radicado interno No 18.328, a efectos de resolver la impugnación presentada por la parte demandante contra La Sentencia del 4 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con 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 conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 4 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta que absolvió al señor JAVIER FERNANDO BUSTAMANTE VILLAMIZAR de los cargos formulados en su contra por MIGUEL ANGEL GUERRERO ROMERO.

1.2. Fundamento de la decisión impugnada

El juez, fundamentó la decisión de primera instancia de la siguiente manera:

1. En el presente caso, los documentos aportados de manera electrónica no se ajustan a los presupuestos y directrices de confiabilidad y recuperabilidad, partiendo de las limitaciones tecnológicas con la cuenta los despachos judiciales y la ausencia de ayudas periciales, no puede el juzgado evaluar alguno, o señalar que provienen o tiene el origen que pretende significar la parte demandante.
2. El demandante no presentó la prueba de conservación en el formato en que se haya generado con las formalidades exigidas por la Ley 527,

lo que hace que la prueba pierda efectividad, contundencia y credibilidad como lo expresa el apoderado de la parte demandada, pues cualquiera puede entrar a whatsapp crear un perfil, y escribirle a ese perfil desde otro celular sin que ello lleve a los resultados probatorios antes mencionados, reconociendo el demandado que ese es su número, y lo que no se conoce es cuál es el número del que se estaba leyendo y que lo debía tener la prueba para su confiabilidad, por lo que éste se debe acreditar y ser conservado.

3. Indicó, que en las declaraciones los testigos hacen referencia es que se saludaban, por lo que consideró que no se conocían.
4. Por lo anterior, consideró que el actor no prestaba los servicios en la empresa, se desarrollaban en otro lugar diferente, pues el trabajo era elaborado para presentar en algunas circunstancias allí pero no con esa misma permanencia.

2. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

• De la parte Demandante

El apoderado de la parte demandante sustenta su recurso de apelación señalando que dentro del proceso se encuentra demostrado que existió la prestación personal del servicio, por lo que de conformidad con el artículo 24 del C.S.T debería haberse tenido como un contrato de trabajo existente entre las partes, y a quien le correspondía demostrar lo contrario, es decir, que la actividad fuera independiente era a la parte demandada, y al respecto ésta solo allegó su sencilla versión, más no aportó ninguna prueba para demostrar lo contrario.

Indicó también, que no comparte la decisión del juez de no reconocerle valor probatorio a las conversaciones de whatsapp y a los correos electrónicos por cuanto El Código General del Proceso señala que serán valorados los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato que fueron generados, enviados o recibidos, o en algún otro formato que reproduzca con exactitud, y que si bien existen unos requisitos para establecer si las mismas pueden ser tomadas como pruebas o no, debe presumirse la buena fe, se debe tener como ciertas.

Explicó, que la parte demandada tuvo la oportunidad establecida en el artículo 270 del CGP, que es la tacha de los documentos y no la objeto, solo las atacó en el momento de presentar los alegatos, por lo que la tacha no es viable por cuanto se hizo de manera extemporánea.

3. 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.

4. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

1. ¿Si entre el demandante MIGUEL ANGEL GUERRERO ROMERO y el demandado JAVIER FERNANDO BUSTAMANTE VILLAMIZAR, existió un contrato de trabajo entre el 17 de agosto de 2014 y el 15 de septiembre de 2016, y si en su condición de empleador el demandado tiene la obligación de reconocer los derechos prestacionales reclamados y las indemnizaciones derivadas por el no pago de las mismas?

5. CONSIDERACIONES:

5.1. Premisas Jurídicas

Las normas que se aplicaran para la resolución de la controversia planteada son las que a continuación se enuncian:

- ✓ Artículos 22, 23 y 24 del C.S.T

5.2. Decisión de Fondo

En este caso, el eje central del presente litigio radica en determinar si entre el demandante MIGUEL ANGEL GUERRERO ROMERO y el demandado JAVIER FERNANDO BUSTAMANTE VILLAMIZAR, existió un contrato de trabajo entre el 17 de agosto de 2014 y el 15 de septiembre de 2016, y si en su condición de empleador el demandado tiene la obligación de reconocer los derechos prestacionales reclamados y las indemnizaciones derivadas por el no pago de las mismas.

En términos del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo, contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; ante ello, acorde al artículo 23, para que se predique su existencia debe existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T., subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, enseña que *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, pues una vez reunidos los tres elementos anterior referidos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, no obstante esta presunción admite prueba en contrario.

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es de cargo del empleador desvirtuar la presunción. El artículo 24 no consagra un derecho sino una regla de juicio que afecta la carga de la prueba en el proceso laboral, esto es, se trata de una instrucción a los jueces laborales, relevando al trabajador de acreditar el elemento de la subordinación pues este se presume y toda prestación de una actividad personal a favor de otra persona, natural o jurídica, debe entenderse en principio como laboral a menos que el empleador desvirtúe que hubo dependencia.

De lo anterior, se extrae que, probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume y compete ejercer plena actividad probatoria a la parte demandada que excepciona la inexistencia del contrato de trabajo; complementando esta teoría, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en La Sentencia SL-20683 de 6 de diciembre de 2017, Radicación No. 56.313, 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, reitera lo ya expuesto y concreta que quien se abroga la calidad de trabajador debe demostrar al menos dos aspectos: la prestación personal del servicio y los extremos temporales en que afirma haberlo desarrollado, con los elementos de juicio suficientes para convencer al Juez y al tiempo permitir que el demandado tenga información suficiente para ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción, siendo a partir de estas reglas que el juez debe aplicar las respectivas consecuencias jurídicas a la parte que omite su deber procesal.

De otro campo, 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”*.

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...”*, lo cual guarda consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Lo anterior significa, que al actor le basta tanto con probar la prestación o la actividad personal como el período en que ejecutó la actividad, para que se presuma el contrato de trabajo y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.

En este asunto, se evidencia la prestación personal del servicio, a través de la certificación laboral obrante a folio 2, emitida por el demandado JAVIER FERNANDO BUSTAMANTE VILLAMIZAR, de fecha 5 de octubre de 2016, en la que se certifica que el demandante MIGUEL ANGEL GUERRERO ROMERO realizó de forma independiente y esporádica actividades de digitalización, ploteo de planos, y elaboración de imágenes en 3D.

Al respecto, es oportuno resaltar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a los hechos expresados en los certificados laborales, ha sostenido que deben tenerse como ciertos, a menos que el empleador demandado acredite contundentemente que lo registrado en esas constancias no se aviene a la verdad.

Por ejemplo, en sentencia SL14426-2014, en la que se reiteró el criterio expuesto en los fallos SL 8360, 8 mar. 1996, SL 36748, 23 sept. 2009, SL 34393, 24 ago. 2010 y SL 38666, 30 abr. 2013, señaló:

“La fuerza de los anteriores medios de convicción que viene del hecho de que en tres ocasiones se certificara el extremo inicial del vínculo laboral, como también de que proviniera de esas dos sociedades – diferentes de por sí-, permitía infirmar y dejar sin piso la declaración que hizo el promotor del juicio en el interrogatorio de parte vertido en el Consulado General de Colombia en los Estados Unidos.

Sobre el valor probatorio de los certificados laborales, esta Sala de Casación en sentencia CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, señaló:

El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral”.

En el caso de estudio, el demandado, no suministró un solo elemento de persuasión encaminado a desmentir lo consignado en esta constancia, por ende, esta fehacientemente probado que el demandante puso a disposición del demandado, su fuerza de trabajo personal, por lo que en virtud de lo consagrado en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, se presume en su favor, la existencia de un contrato laboral.

Por su parte, el demandado JAVIER FERNANDO BUSTAMANTE VILLAMIZAR, tampoco pudo desvirtuar la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de la prestación personal del servicio que se deduce válidamente de la constancia laboral, máxime cuando en el interrogatorio de parte, el demandado JAVIER FERNANDO BUSTAMANTE VILLAMIZAR, a la pregunta de ¿si el señor MIGUEL ANGEL GUERRERO ROMERO le prestó servicios como arquitecto?, respondió: *“como arquitecto no, el realizó unos renders o imágenes con base en mis diseños arquitectónicos y yo le cancelaba dependiendo del trabajo que hiciera al igual que le pagaba a otras personas que me hacían los trabajos con base en mis diseños”*, circunstancia que corrobora aún más la prestación personal del servicio del señor GUERRERO ROMERO, y por el contrario de ninguna forma logra derruir dicha presunción pues acepta la prestación del servicio, motivo por el cual, a la Sala no le queda otra alternativa que tener por demostrado que entre las partes existió un vínculo laboral.

Ahora bien, como quiera que para acceder a las pretensiones se requiere que el demandante además acredite si quiera los extremos temporales en los que ejecutó el servicio prestado, de las pruebas obrantes al plenario se puede evidenciar lo siguiente:

1. Del certificado laboral visto a folio de 2 de donde se demuestra la prestación personal del servicio no contiene fechas por lo tanto el mismo no es una prueba idónea para evidenciar los extremos en que se dio la relación laboral.
2. Los elementos enviados desde el correo electrónico de la cuenta Outlook jadiric@gmail.com, y las conversaciones de Whastapp, que se afirma fueron mantenidas entre el señor MIGUEL ANGEL GUERRERO ROMERO y JAVIER FERNANDO BUSTAMANTE, no tienen validez probatoria como quiera los mismos no confieren datos específicos que permitan concluir con plena certeza que se trata de un diálogo entre los señores MIGUEL ANGEL GUERRERO ROMERO y JAVIER FERNANDO BUSTAMANTE, pues no se identifican más allá de un primer nombre, y no existe constancia de los números telefónicos que originan esas comunicaciones, ni que el numero telefónico y correo electrónico pertenezcan o sean de uso de las personas mencionadas.

Y respecto a lo manifestado por el recurrente, esto es, que al no ser tachada las conversaciones por whatsapp tienen plena validez y deben ser valoradas, es necesario recordar, que el juez no está sometido a la tarifa legal, y por ende tiene la facultad legal de valorar libremente las pruebas y así formar de manera libre su convencimiento atendiendo, eso sí, el principio de la sana crítica, luego entonces bajo éste parámetros observa que la conclusión del juez de primera instancia no fue restar validez sino credibilidad a dichas conversaciones por las razones antes expuestas.

3. De igual forma, obra declaración testimonial de Marian Yeselin Orozco Moreno, contadora pública y afirmó que ha visto al actor porque trabaja al lado del edificio “La Fuente” que es donde trabaja el señor MIGUEL ANGEL GUERRERO; que lo conoce de saludo desde agosto del año 2014 porque trabaja por ahí y pasaba seguido al segundo piso donde queda la inmobiliaria que es la que le vende las casas a la empresa donde la testigo trabaja, recuerda que el actor trabajo hasta septiembre de 2016, y que para poder verlo debía ingresar al edificio donde trabajaba el demandante; señaló que en una oportunidad que fue a preguntar por unos planos que la empresa necesitaba vio al actor y le dijo que él era la persona que elaboraba los planos, explicó que basicamente lo veía en el horarrio de ingreso y salida del trabajo; señaló desconocer cual era su salario ni las condiciones con las que se vinculó.

La testigo Devora Rincón, manifestó que era asesora de ventas en La Inmobiliaria Finar que está ubicada en el segundo piso del edificio “La Fuente”; explicó que el demandado tiene la oficina de arquitectos en el primer piso, y desde el 5 de agosto de 2013 que inició la testigo a trabajar en la inmobiliaria conoció de vista al demandante porque coincidían en el horario de entrada en la mañana y a veces en la noche pero nunca tuvo trato o comunicación con él, que solo se daban el saludo del día, que sabe que el actor ingresó a trabajar en la oficina de arquitectos en agosto del año 2014 pero desconoce la fecha exacta y que laboró hasta septiembre de 2016 porque no volvieron a coincidir en el horario de ingreso y salida.

Sobre las declaraciones de las señoras Marian Yeselin Orozco Moreno y Devora Rincón, vemos que si bien manifiestan de manera concordante que el actor laboró a partir de agosto de 2014 hasta septiembre de 2016, la Sala no encuentra credibilidad en dichas manifestaciones por cuanto al momento de justificar la razón de su dicho, estas aclaran que escasamente trataban con el actor y explican que ese conocimiento proviene de verlo pasar porque la señora Marian Yeselin Orozco Moreno, trabajaba en la oficina ubicada al lado del edificio “La Fuente” donde se encontraba trabajando el demandante en el primero piso, y lo veía ingresar al edificio en horario de oficina.

Por su parte, la testigo Devora Rincón, indicó que trabajaba en el piso dos del edificio “La Fuente”, y coincidía con el señor GUERRERO ROMERO en el horario de oficina más que todo a la hora de tomar el almuerzo.

Para la Sala estas afirmaciones de las testigos no arrojan convencimiento alguno en cuanto a las fechas que refieren laboró el demandante, por cuanto su versión se fundamentó en calcular en el tiempo de acuerdo a la cantidad de veces que vieron al señor MIGUEL GUERRERO ingresar al edificio, pero no por un conocimiento directo respecto al tiempo de contratación del demandante, nótese como la testigo Marian Yeselin Orozco Moreno, en algún momento refiere que charlaba con el actor, por lo que resulta probable que su conocimiento provenga de las manifestaciones del mismo demandante.

Es decir, no se evidencia una justificación respecto del conocimiento tan preciso y exacto que afirman tener las declarantes; las reglas de la sana crítica imponen al juzgador, el deber de valorar y apreciar todas las pruebas bajo los elementos de la lógica, la ciencia y la experiencia. Para este caso, dos personas que ocasionalmente veían a un sujeto en el mismo edificio donde laboraban y afirman haber tenido poco contacto con él, no resulta lógico que tengan presente con tanta exactitud las fechas en que recuerdan haberlo visto. Máxime si no explican un nexo o relación que permita establecer la razón de dicho recuerdo tan específico y la experiencia enseña que, en cuestión de fechas, la capacidad de retener datos depende de la cercanía a la persona o a una justificación clara de eventos ocurridos alrededor de la misma fecha, lo que no se presenta en este caso.

Por lo anterior, no es posible darles el mérito probatorio a dichos testimonios, por lo que al no existir más pruebas que logren demostrar los extremos temporales en los cuales se desarrolló la relación laboral, la Sala confirmará la sentencia impugnada por las razones aquí expuestas.

Debe tener en cuenta que toda decisión judicial debe estar debidamente fundada a través de la inescindible relación entre los elementos fácticos con el material probatorio que genere la suficiente persuasión de credibilidad para que se configuren y resulten aplicables los presupuestos normativos que persigue el actor; de manera que a la parte demandante correspondía acreditar más allá de sus propias manifestaciones los extremos labores del contrato de trabajo que reclama existió con el demandado JAVIER FERNANDO BUSTAMANTE VILLAMIZAR, carga con la que en este caso no se cumplió.

Finalmente, al ser desfavorable el recurso de apelación se condenará en costas a la parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma correspondiente a 1S.M.L.M.V.

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 4 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma correspondiente a 1 S.M.L.M.V.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIA BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.
Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



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

Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2017-00171-00
PARTIDA INTERNA:	18.726
DEMANDANTE:	EDUARD FABIÁN VILAMIZAR JAIMES
DEMANDADO:	CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P.

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EDUARD FABIÁN VILAMIZAR JAIMES contra CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2017-00171-00, y Radicación Interna N° **18.726** de este Tribunal Superior para conocer en Grado Jurisdiccional de Consulta la sentencia de primera instancia dictada el 13 de agosto de 2019 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

El señor EDUARD FABIÁN VILLAMIZAR JAIMES, mediante apoderado judicial, presenta demanda ordinaria laboral contra CENS S.A. E.S.P. para que se ordene el reconocimiento y pago de la incidencia salarial de la bonificación de línea viva sobre los conceptos de prima de antigüedad y desgaste físico, prima de servicios y carestía, vacaciones y prima de vacaciones, cesantías, aportes a seguridad social y suministro de energía con la respectiva sanción por no consignación total de cesantías.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, manifiesta que ingresó a laborar en CENS S.A. E.S.P. el 1 de noviembre de 2006 mediante contrato de trabajo a término indefinido y actualmente desempeña el cargo de Técnico Operativo, ejerciendo funciones en línea viva para el mantenimiento de las redes de distribución de energía, por lo que el artículo 68 de la Convención Colectiva dispone una bonificación mensual del 28% del salario básico con incidencia prestacional pero esto último ha sido desconocido por el empleador, quien no aplica el concepto para liquidar sus prestaciones legales y extralegales.

Dentro de la oportunidad legal, la demandada contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones por estimar que la empresa ha dado cabal cumplimiento a la Convención Colectiva del Trabajo vigente para el

momento en que ingresó el trabajador, reconociendo las prestaciones legales y extralegales en debida forma dado que a los trabajadores que ingresaron luego del 1 de febrero de 2004 se les liquidan prestaciones de manera diferente a los anteriores por el factor antigüedad, según acuerdo alcanzado en la negociación colectiva. Propone como excepciones la INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE y PRESCRIPCIÓN.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En sentencia del 13 de agosto de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, se resolvió absolver a CENS S.A. E.S.P. de todos los cargos formulados en la demanda y condenar en costas a la parte actora.

2.2 Fundamento de la decisión.

El Juez de primera instancia, fundamentó su decisión en lo siguiente:

- Que la controversia se enfoca en la aplicación del artículo 68 de la Convención Colectiva del Trabajo sobre la bonificación por trabajo en línea viva que se reconoce al demandante, no existiendo controversia sobre la vinculación de las partes, su pertenencia al sindicato SINTRAELECOL ni la vigencia de la Convención Colectiva 2004-2008 sobre la que gira el debate.

- Que el demandante propone una controversia sobre la lectura de la expresión “salario básico” para señalar que se está realizando el cálculo de manera equivocada pues debería tenerse para liquidar el sueldo mensual y no solo el básico; sin embargo, esta discusión no tiene respaldo normativo, dado que conforme el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo toda remuneración de la prestación del servicio debe entenderse como salario y no solo el valor fijo pactado por las partes.

- Que al momento de verificarse la liquidación de cada prestación se empieza a identificar el objeto de las inconformidades, comenzando con el artículo 68 se puede confirmar que tanto en La Convención de 2002-2004 como en la de 2004-2008 la redacción de la bonificación está en iguales términos, por lo que sobre este no puede derivarse controversia alguna y está allí expresamente reconocida la incidencia salarial.

- Que es en la redacción de los artículos correspondientes a prima de antigüedad, de servicios y carestía, vacaciones y prima vacacional, donde se reclama una desigualdad entre las convenciones 2002 y 2004, pues se excluye la incidencia prestacional de la bonificación por línea viva para los trabajadores que ingresaron el 1 de febrero de 2004; sin embargo, este cambio no fue una decisión unilateral del empleador sino el resultado del proceso de negociación colectiva, que estableció unas vigencias en sus acuerdos y dio lugar a la Convención que se ha venido prorrogando y rige actualmente las relaciones entre las partes.

- Que jurisprudencialmente se ha reconocido que es jurídicamente válido que en las convenciones colectivas, las partes negociantes incluyan cláusulas con prestaciones extralegales que no constituyan salario para efecto de la liquidación de otros créditos laborales y su validez proviene de la libertad con que empleador y sindicatos pactan estos acuerdos, máxime

sobre derechos que ellos mismos crean y cuyos efectos también deciden delimitar.

- Que en esa medida, conforma el derecho a la negociación la inclusión o no como factor salarial de determinadas prestaciones sociales y ello depende del impacto económico que estas decisiones podrían tener, e inclusive lo que está prohibido es limitar la connotación salarial de las prestaciones mínimas e irrenunciables, mas no de conceptos que crean y pactan las mismas partes de la relación laboral, pues estos son derechos adicionales a los contemplados en la ley.

- Que en providencia SL16925 de 24 de septiembre de 2014 señala que en el ámbito de la negociación de beneficios extralegales, los que están por encima de los derechos fijados en normas laborales son los que tienen un margen de negociación y es posible convenir su incremento o reducción y los efectos que se derivan de ellos.

- Que por haber ingresado a la empresa en el margen de la convención colectiva vigente para el período 2004-2008 no se puede predicar la existencia de derechos adquiridos, pues cuando el trabajador llegó ya no existía el beneficio reclamado y se le aplica la cláusula que estaba vigente para su ingreso, lo que impide reconocer las pretensiones elevadas tanto por reliquidación como por lo correspondiente a cesantías y suministro de energía.

3. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La parte demandante no presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, por lo que, al ser la decisión desfavorable trabajador, le corresponde a esta Sala de Decisión, decidir el Grado Jurisdiccional de Consulta, consagrado en el artículo 69 del C.P.T.S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

El apoderado del actor solicita que CENS S.A. E.S.P. cumpla con el mandato convencional y legal de liquidar adecuadamente las prestaciones sociales del trabajador, aplicando debidamente el artículo 68 de la C.C.T. que reconoce la bonificación de línea viva y le confiere incidencia salarial, la cual no se aplica. Advierte que si bien se ha negado esta pretensión anteriormente, no se ha consultado la abundante jurisprudencia sobre los pactos de exclusión salarial para negar aquello que por su naturaleza es salario, contrariando el artículo 15 de la ley 50 de 1990, analizado en providencias como rad. 5481 y 38118. Resalta que las convenciones también pueden contener disposiciones contrarias a derecho que deben ser interpretadas para garantizar las prestaciones del trabajador, no negando el carácter salarial a aquello que por su naturaleza lo tiene, pues esto suscita la ineficacia jurídica de la cláusula.

En ese entendido, es ineficaz la cláusula que impide reconocer la incidencia de esa bonificación a la prima de antigüedad y la de servicios y carestía; además, porque el párrafo que resta esa incidencia es ambiguo, remite a otros artículos y en cambio el artículo 68 no ofrece dudas en su interpretación, debiendo interpretarse en favor del trabajador.

• PARTE DEMANDADA:

EL apoderado de CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER expone que el artículo 68 de la C.C.T. 2004-2008 que consagra la bonificación por trabajo en línea viva y allí se dispuso su exclusión como factor salarial para los nuevos trabajadores que ingresaran después del 1 de febrero de 2004, en la liquidación de algunas prestaciones, para lo cual están legalmente autorizados en el ejercicio de la negociación colectiva. Quedando demostrado al plenario que el actor ingresó luego de esa fecha y por ende su bonificación de línea viva está excluida para liquidar las prestaciones reclamadas, sin que ello afecte derechos adquiridos o irrenunciables, pues la convención solo puede ser modificada por la vía de una nueva negociación; conclusión a la que ha llegado este mismo Tribunal en anteriores oportunidades.

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 A RESOLVER

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala de Decisión es el siguiente: ¿Si el demandante EDUARD FABIAN VILLAMIZAR 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?

7. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de Decisión, determinar entonces si asiste razón a la parte demandante EDUARD FABIAN VILLAMIZAR JAIMES al reclamar que C.E.N.S. S.A. E.S.P. le debe reconocer la incidencia salarial de la bonificación de línea viva del 28% previsto en el artículo 68 de la Convención Colectiva de Trabajo; la cual se cancela quincenalmente, pero sin que tenga incidencia prestacional pese a que el referido artículo así lo establece.

El juez de instancia denegó las pretensiones de la demanda, indicando que conforme a la convención colectiva del trabajo vigente para el ingreso del trabajador a la empresa, no le asiste el derecho reclamado pues este se modificó en la última negociación colectiva y por tratarse de un beneficio extralegal superior a los derechos laborales mínimos e irrenunciables contenidos en las normas laborales, se podría reducir o modificar su efecto como parte de la libertad de la negociación entre empleador y sindicato; conclusión que será analizaba en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta.

Se encuentra demostrado en el expediente que el demandante, EDUARD FABIAN VILLAMIZAR JAIMES, ingresó a laborar a CENTRALES EÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER mediante contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 1 de noviembre de 2006 en el cargo de Operario Técnico y desde 2012 desempeña el cargo de Técnico Operativo adscrito a la Subgerencia Distribución (Fol. 15 y 149-150), cargo por el cual ha venido percibiendo bonificación de trabajo en línea viva según confiesa la demandada desde el año 2012; 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. 123-174), 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 1° 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 2° 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 (Fol. 191-238) donde se establece el artículo 69 de bonificación por trabajo en línea viva en el mismo sentido que quedó para el período 2004-2008 en el artículo 68 (Fol. 110-161), 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, prima de servicios y carestía; 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 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 previsionales, no le asiste razón al actor conforme a las pruebas aportadas en la demanda y contestación; pues en el medio magnético visto a folio 239 que fue aportado por la empresa demandada, según documento Excel que contiene la liquidación de estas prestaciones y 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 todos y cada una de esas prestaciones.

Así mismo, los valores allí liquidados coinciden con los cancelados al trabajador así: Cesantías de 2014 en \$2.805.004 (Fol. 26), de 2015 en \$2.997.665 (Fol. 25) y de 2016 en \$3.108.799 (Fol. 25); por Vacaciones y Prima de Vacaciones de 2014 la suma de \$2.445.831 cada una (Fol. 59); Intereses de Cesantías de 2016 liquidados en \$373.056 (Fol. 31), de 2015 en \$359.720 (Fol. 30) y de 2014 en \$336.600 (Fol. 60); de manera que, estas prestaciones estaban liquidadas adecuadamente, pues efectivamente incluyeron en su promedio salarial la reclamada incidencia de la bonificación por trabajo en línea viva.

Así entonces, con fundamento en lo anterior, procederá la Sala de Decisión Laboral a desarrollar el problema jurídico antes expuesto exclusivamente sobre las prestaciones que están liquidadas sobre el salario básico y no el promedio, estas son la prima de antigüedad y desgaste físico, prima de servicios y carestía, y en ese sentido vemos que el artículo 127 subrogado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990 indica: *“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación trabajo separados, la fijación debe hacerse en cada uno de ellos”*.

Así mismo, el artículo 128 ibídem señala: *“no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos viii y ix, ni 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”

Por lo anterior, en principio la bonificación por trabajo en línea viva adquiere un carácter salarial expresamente reconocido en la Convención, sin embargo el artículo 128 del C.S.T. determina que dicha retribución por tener un origen extralegal puede ser objeto de acuerdo entre el sindicato y la empresa demandada para eventualmente no ser tenida en cuenta la liquidación de prestaciones; específicamente, los artículos 20 y 21 de la convención establecen para la prima de antigüedad y desgaste físico y la prima de servicios y carestía, una distinción sobre la forma de liquidar prestaciones para el trabajador que ingresó con posterioridad al 1 de febrero de 2004, estableciendo que estas solo se liquidarían sobre el salario básico devengado y con ello excluyen la incidencia que en principio debería tener la bonificación por trabajo en línea viva dentro del promedio de lo devengado.

En este caso, es claro para la Sala que la intención de las partes al pactar los términos de la liquidación de prestaciones sociales de los trabajadores convencionales fue establecer una regla general respecto a la cual éstas se liquidan con el salario o salario promedio del último año, pero así mismo se estableció una excepción para aquellos trabajadores que ingresaron con posterioridad al 1° de febrero de 2004, al estipular que éstas se liquidarían de conformidad con el parágrafo que corresponda a cada prestación en la C.C.T., que para el caso de las primas de antigüedad y desgaste físico y la prima de servicios y carestía, se estableció como punto de liquidación el salario básico y no el promedio.

De vieja data, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que *“aún 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”*. (Sentencia del 12 de febrero de 1993 radicación 5481. M.P. Hugo Suescún Pujols)

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".*

Más recientemente, en sentencia SL5159 de 2018, la Corte al estudiar el artículo 128 del C.S.T. ha recordado que este no constituye *"una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»"*; sin embargo y aunque *"podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario"*.

Esto aplica, explica la Corte, a los auxilios extralegales donde media un acuerdo de exclusión salarial expreso, advirtiéndole que en todo caso donde se haga una excepción a la generalidad salarial se debe pactar la exclusión de manera expresa, clara, precisa y detallada; siendo este el caso de las referidas prestaciones, las cuales contienen una expresa limitación sobre la base para su liquidación.

De esta manera, el legislador autorizó a convenir prestaciones habituales con carácter retributivo pero sin incidencia como factor salarial cuando expresamente lo pacten los negociantes, siempre que con ello no se desconozca lo que legalmente se ha reconocido como salario.

Teniendo en cuenta lo explicado, pese al carácter salarial que tiene la bonificación por trabajo en línea viva, el cual fue expresamente reconocido en la C.C.T., el sindicato y la empresa demandada podían acordar válidamente que ésta no se tuviera en cuenta para liquidar las primas de antigüedad y desgaste físico y la prima de servicios y carestía, sin que ello implique desconocer su naturaleza salarial; dado que está debidamente autorizado por el artículo 128 del C.S.T., que determinada bonificación que retribuye el servicio del trabajador y que a todas luces constituye salario, no se incluya en la liquidación de las prestaciones sociales.

Además de lo anterior, es necesario precisar que la misma Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia ha reconocido la validez de las previsiones que se estipulen por las partes en el ámbito de la negociación colectiva, siempre y cuando las mismas se encuadren en los límites establecidos en la Constitución y la Ley, respecto a los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores.

Al respecto, en la sentencia SL16794 de 2015, esa H. Corporación explicó respecto al hecho de que en una convención colectiva no se había acordado la proporcionalidad de una prima, lo siguiente *"Por lo demás, esta previsión es completamente admisible, pues encuadra dentro del ámbito de libertad de negociación colectiva de las partes, en cuya virtud les está permitido acordar los términos, condiciones y limitaciones de los derechos reconocidos convencionalmente, siempre y cuando no se afecten derechos mínimos, el orden público y, en general, la Constitución y la ley."*

Además, añadió que *“En primer lugar, es perfectamente válido que los protagonistas sociales, en el proceso de negociación, excluyan el pago proporcional de unos derechos de naturaleza convencional. Y, en segundo lugar, ese pacto diseñado con esas limitaciones, no vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación, ya que, el consenso de no cancelar la proporción de la prima de vacaciones recayó sobre todos los trabajadores de la empresa, de suerte que no puede afirmarse que esas disposiciones convencionales cobijen a unos y a otros no, además no está probada una circunstancia de exclusión de beneficios por grupos poblacionales al interior de la empresa o selección privilegiada.”*

Frente a una posible afectación del derecho a la igualdad, pues en la empresa CENTRALES DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., sí existen trabajadores que están gozando tanto de la incidencia salarial de la bonificación por trabajo en línea viva en la liquidación de todas sus prestaciones sociales legales y extralegales, incluyendo la prima de antigüedad y desgaste físico y la prima de servicios y carestía, como del límite de 1200 kw hora mes en lugar de los 600 kw que se reconocen al demandante, esto en principio desconocería el principio de salario igual a trabajo igual.

En efecto, el artículo 143 del código sustantivo 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 la bonificación por trabajo en línea viva y el límite de kw en 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, si 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 y el límite de 1200 kw, 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 no puede siquiera tratarse de una simple expectativa, pues desde el inicio de su contratación ya llevaba 2 años en vigencia la convención que modificó los parámetros de liquidación para aquellos trabajadores que se vincularan tras su suscripción; y estos criterios son suficientes para justificar que a 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.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia impugnada de fecha 13 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta;

así mismo por surtirse el Grado Jurisdiccional de Consulta no habrá lugar a condena en costas de segunda instancia.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada de fecha 13 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

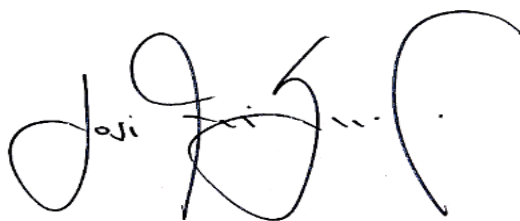
SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS de segunda instancia por surtirse el Grado Jurisdiccional de Consulta.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

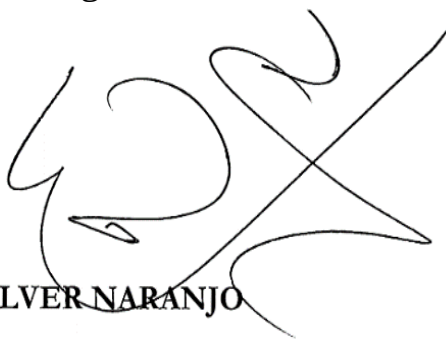
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIA BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.
Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



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

Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2017-00242-00
RADICADO INTERNO:	18.673
DEMANDANTE:	MAURICIO FONG VILLADA
DEMANDADO:	ALMACENES ÉXITO S.A. y A.R.L. SURA

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor MAURICIO FONG VILLADA en contra de ALMACENES ÉXITO S.A. y A.R.L. SURA, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2017-00242-00, y Radicación interna N.º 18.673 de este Tribunal Superior, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 3 de julio de 2019, 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

El señor MAURICIO FONG VILLADA, mediante apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral para que se declare que al momento de su desvinculación se encontraba en situación de debilidad manifiesta producto de accidente laboral ocurrido el 22 de marzo de 2016 y que se materializó sin la autorización del inspector de trabajo, conforme el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; por lo que se debe ordenar su reintegro, condenando al pago de salarios dejados de percibir y a la indemnización por concepto de daños morales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, relata que presó servicios como auxiliar de ventas en ALMACENES ÉXITO S.A. de la Ciudad de Cúcuta, mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con salario de \$700.000, que inició el 20 de enero de 2016 y el 20 de abril de 2016 se prorrogó automáticamente hasta el 17 de julio de 2016. Que sufrió un accidente laboral el 22 de marzo levantando una estiba de madera según informe de la A.R.L., por lo que se expidió incapacidad de 4 días, recomendaciones médicas y se fijaron terapias de rehabilitación y medicamentos. Que el 10 de junio de 2016 se le comunicó la decisión de no prorrogar nuevamente el contrato de trabajo antes del límite del 17 de julio. Fue atendido por dolor derivado del accidente laboral en urgencias y por especialistas en neurocirugía y salud ocupacional, siendo incapacitado por

2 días y ordenando exámenes diagnósticos, pese a lo cual se materializó el despido.

Dentro de la oportunidad legal, ALMACENES ÉXITO S.A. contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones por cuanto el trabajador no se encontraba en estado de debilidad manifiesta según los criterios jurisprudenciales y el Decreto 2463 de 2001, por lo que no se necesitaba autorización del Ministerio del Trabajo. Alega que el contrato entre ambos era a término fijo y su finalización se debió a la expiración del plazo pactado. Propuso como excepciones: PRESCRIPCIÓN, PAGO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE FUERO DE SALUD y GENÉRICA.

Se vinculó como llamado en garantía a la A.R.L. SURA, quien aceptó la afiliación del señor FONG VILLADA entre el 20 de enero y 17 de julio de 2016 por el empleador ALMACENES ÉXITO S.A., aunque rechaza que esté legitimado para el reconocimiento de las prestaciones reclamadas en la demanda; propone como excepciones de mérito la FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD, CARENCIA DE PRESUPUESTOS PARA DEDUCIR RESPONSABILIDAD, INEXISTENCIA DE FUERO DE SALUD, AUSENCIA DE DICTAMEN, BUENA FE y GENÉRICA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del tema de decisión

En la sentencia del 3 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, se absolvió a la demandada ALMACENES ÉXITO S.A. y a la vinculada de los cargos formulados en la demanda por el señor MAURICIO FONG VILLADA, condenando en costas a la parte actora.

2.2 Fundamento de la decisión

Dentro de sus consideraciones, el juez argumentó lo siguiente:

- Que el demandante pretende se declare que estaba en situación de debilidad manifiesta al momento de su desvinculación, sin que se solicitara la autorización del Ministerio del Trabajo para su despido, por lo que debe condenarse al reintegro e indemnizaciones correspondientes.

- Que no hay discusión sobre la existencia de la relación laboral entre las partes, lo cual se admite desde la contestación y se corrobora por todos los medios documentales; ni que se celebró inicialmente un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año para ser auxiliar de ventas desde el 20 de enero de 2016 al 18 de abril que fue prorrogado hasta el 17 de julio del mismo año con salario de \$700.000 y por el cual se entregó carta de preaviso el 10 de junio informando que no sería prorrogado.

- Que conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, existe un condicionamiento para proteger trabajadores en condición de discapacidad y de ser desconocido el despido será ineficaz si no se obtuvo previamente el permiso del Ministerio del Trabajo, siendo exigible el deber de adelantar esta actuación administrativa para evitar la discriminación de personas con limitaciones y garantizar su estabilidad laboral.

- Que está demostrado que el trabajador sufrió el 22 de marzo de 2016, un accidente laboral, indicando la ARL que fue diagnosticado con LUMBAGO NO ESPECIFICADO y DISCOPATÍA L5-S1 sin que el profesional de la medicina haya especificado que el motivo de la consulta sea relacionado por ese accidente y tampoco existe dictamen de junta de calificación como resalta la ARL en su contestación.

- Que el concepto médico de neurocirugía refiere que la discopatía es no quirúrgica y que si bien refiere dolor, no presenta espasmos musculares y la fuerza, reflejos y marcha son normales, según documento visto a folio 85.

- Que está demostrado que fue la parte demandada quien el 10 de junio de 2016 la que comunicó su decisión de no prorrogar el contrato cuyo plazo finalizaba el 17 de julio y que no se acudió al Ministerio del Trabajo a solicitar permiso alguno.

- Que no es cierta la percepción sobre que cualquier incapacidad o enfermedad que sufra el trabajador da lugar a la estabilidad laboral reforzada, pues la Corte Suprema de Justicia en providencia SL14134 del 14 de octubre de 2015 y otras decisiones posteriores, recordó que esta protección procede de manera exclusiva para quienes presenten limitaciones en grado severo y profundo que corresponden a pérdidas de capacidad laboral superiores al 15%, por lo que esto debe demostrarse dado que las incapacidades por si solas no acreditan este porcentaje.

- Que en esa medida, en ausencia de prueba sobre esta calidad, no le asiste razón a la parte actora al reclamar la estabilidad laboral reforzada y según se evidencia su patología si bien requiere cierto control, no se demostró que fuera limitante para el desarrollo de su desempeño laboral y resaltando el empleador que para la fecha de terminación existiera incapacidad temporal vigente, ni hubo valoración de fisiatría porque el mismo demandante se rehusó a ser atendido en la clínica donde fue remitido por razones personales y que no siguió acudiendo al médico porque se sentía frustrado al solo enviarle acetaminofén, solo buscando recuperar el tratamiento cuando ya estaba desafiliado de la A.R.L.

- Que para la fecha de la comunicación de terminación el demandante no se encontraba en incapacidad y no estaba tampoco calificado sobre su pérdida de capacidad laboral, siendo él quien reconoce que dejó de asistir a las consultas médicas, por lo que no hay lugar a acceder a sus pretensiones dado que el último criterio médico obrante certifica que fue dado de alta y estaba en condiciones de relativa normalidad y en todo caso, la terminación del contrato no fue unilateral sino por el vencimiento del plazo fijo pactado por las partes tras ser notificado el respectivo preaviso.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandante

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia fundado en los siguientes argumentos:

- Que se debe tener en cuenta el nexo entre el despido y el accidente de trabajo, así como que la decisión del empleador afecta el mínimo vital y vida digna del trabajador, dando lugar al reintegro y demás indemnizaciones;

pues el accidente de trabajo ocurrió en las instalaciones del empleador en ejercicio de sus funciones y dentro del horario previsto.

- Que la motivación para finalizar el contrato fue el estado de salud del trabajador y no la expiración del plazo pactado, pues a la fecha de despido no había tenido ningún llamado de atención ni decreció su productividad.

- Que el estado de salud era plenamente conocido por el empleador, a quien se solicitaban permisos para acudir a las terapias y se puede comprobar con la entrega de incapacidades médicas.

- Que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral es deber del empleador prestar todas las medidas de seguridad para que el trabajador ejerza funciones, lo que no sucedió en este caso pues al momento del accidente no se contaba con las herramientas necesarias para cumplir su labor y al finalizar la relación por el formalismo del plazo pactado, se hace evidente que el motivo real era su estado de salud por su ausencia para asistir a citas médicas y configurándose una discriminación, pues los demás compañeros de trabajo siguen en sus puestos de trabajo.

- Que la demandada vulneró los derechos del trabajador y desconoció su estado de debilidad manifiesta al no solicitar autorización al Ministerio del Trabajo para finalizar su relación laboral, impidiendo el acceso de él y su núcleo familiar al ingreso del que subsistía, indicando la jurisprudencia a la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia que las personas en rehabilitación de enfermedad no pueden ser despedidas.

- Que las pruebas permiten establecer tanto la ocurrencia y reporte del accidente, como las consecuencias que dejó en el estado físico del trabajador y que ha venido siendo objeto de tratamientos que ameritan la protección legal perseguida.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de la parte actora manifestó que está demostrado que el actor fue despedido por su enfermedad y que esta resultó de un accidente de trabajo, quedando desvinculado pese al amparo de estabilidad laboral reforzada que le cubría; que el empleador conoció del accidente laboral que sufrió cumpliendo funciones y que fue calificado por ARL el 22 de marzo de 2016 como laboral. Así mismo, que no fue el plazo pactado la causa real de la terminación pues no existían llamados de atención o baja producción, sino la molestia por su necesidad de acudir a terapias y citas médicas, lo cual fue responsabilidad del empleador por no garantizar la seguridad del trabajador. Resalta entonces la discriminación por estado de salud que sufrió el trabajador, pues además sus compañeros de entonces siguieron laborando en sus puestos, de manera que se actuó de mala fe y sin acudir al Ministerio del Trabajo, por lo que están demostrados los elementos para acceder a las pretensiones.

•PARTE DEMANDADA:

La apoderada de Almacenes Éxito solicitó que se ratifique íntegramente la sentencia apelada, pues quedó demostrado probatoriamente que la terminación del contrato se dio bajo pleno derecho y atendió únicamente a la expiración del plazo fijado, no existiendo restricciones o limitaciones médicas que confirieran fuero de estabilidad al actor, de manera que entregado oportunamente el preaviso se trata de una terminación legal. Resalta que obra al plenario la comunicación de ARL informando que el actor no registra recomendaciones médico-laborales, ni cumple los requisitos del artículo 7 del decreto 2463 de 2001 o se aportaron pruebas sobre secuelas del accidente ocurrido, de manera que no cumple con los requisitos legales o jurisprudenciales para acceder a sus pretensiones.

La apoderada de A.R.L. SURA, manifestó que para acceder a las pretensiones se ha establecido jurisprudencialmente que el amparo cubre a quienes sufren discapacidad severa y profunda, superior a la moderada; situación que debe ser acreditada por la parte actora, pero esto no se cumplió para el caso concreto y en este caso las súplicas.

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 A RESOLVER

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

¿Si el demandante MAURICIO FONG VILLADA, tiene derecho a que la demandada ALMACENES ÉXITO S.A., lo reintegre sin solución de continuidad en el mismo cargo y en las mismas condiciones salariales y prestacionales, y le cancele las prestaciones dejadas de percibir y la indemnización consagrada en el inciso 2° del artículo 26 de la Ley 361 de 1997?

7. CONSIDERACIONES

En este caso, el problema jurídico se enfoca en determinar si el demandante MAURICIO FONG VILLADA, tiene derecho a que la demandada ALMACENES ÉXITO S.A., lo reintegre sin solución de continuidad en el mismo cargo y en las mismas condiciones salariales y prestacionales, desde el 17 de julio de 2016, y le cancele las prestaciones laborales dejadas de percibir y la indemnización consagrada en el inciso 2° del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Sobre este punto, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

- Que el demandante MAURICIO FONG VILLADA laboró para La Empresa ALMACENES ÉXITO S.A., entre el 20 de enero y el 17 de julio de 2016, mediante contrato de trabajo a término fijo suscrito por 3 meses renovado en una sola oportunidad (fol. 204-208 y 53).

- Que el demandante sufrió un accidente laboral el 22 de marzo de 2016, al arrastrar una estiba de madera y al intentar acomodarla de manera vertical, realizó un movimiento de agache y empuje, que causó un fuerte dolor en la espalda (Fol. 221-22).
- Que inicialmente se le diagnosticó LUMBAGO NO ESPECIFICADO y CONTRACTURA MUSCULAR según datos de egreso del 23 de marzo de 2016 (Fol. 60) y posteriormente en atenciones del 8 al 18 de junio se le diagnosticó LUMBAGO CON CIÁTICA por el cual se ordenaron terapias de rehabilitación, remisión a especialista en neurocirugía y salud ocupacional (Fol. 64-73); finalmente tras resonancia ordenada por especialistas, se diagnosticó DISCOPATÍA L5-S1 con hernia en disco protruida central que contacta las raíces S1 (Fol. 84)
- Que el 10 de junio de 2016 se comunicó al trabajador la decisión de no prorrogar por un nuevo término el contrato, por lo que finalizaba la relación el 17 de julio de 2016 (Fol. 209)

Ahora bien, la parte demandante pretende principalmente el reintegro por haber sido despedido encontrándose en proceso de rehabilitación y no solicitarse el permiso para despedir de la autoridad correspondiente, con fundamento en el art. 26 de la Ley 361 de 1997; razón por la cual nos remitimos a ésta norma, la cual dispone *“ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”*, y en el inciso segundo señala que si se despide a una persona sin el cumplimiento de este requisito, se debe reconocer *“una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar (...)”*.

La normatividad reseñada (Ley 361 de 1997, artículo 26), 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 del Trabajo; 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 Sentencia de Radicado No. 32532 expedida el 15 de Julio de 2008 con Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, fijó como parámetro de decisión que esa ley ampara a *“las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5”* por lo que ***“aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo”*** y adoptando como precedentes los parámetros contenidos en decretos reglamentarios de dicha ley, recuerda que *“la limitación “moderada” es aquella en la 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 labora y “profunda” cuando el grado de*

*minusvalía supera el 50%.” Concluyendo que “la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, **todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada**”.*

Se desprende de lo expuesto, 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° arriba mencionado. En tanto, el fuero de estabilidad laboral, 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.

Procederá la Sala a evaluar si, como consideró el juez *a quo*, el actor no está revestido de la estabilidad laboral reforzada contemplada en la Ley 361 de 1997, aplicando los requisitos jurisprudenciales referidos previamente y estudiando los argumentos del apelante que el estado de salud del trabajador fue consecuencia de un accidente de trabajo, y el despido obedeció a las secuelas que este dejó y obligaban al actor a ausentarse de su lugar de trabajo para asistir a las terapias ordenadas, siendo la expiración del plazo una formalidad que encubre la verdadera intención del empleador.

Frente a esta situación, esta Sala de Decisión había venido adoptando como postura la interpretación de la ley 361 de 1997 que la Sala de Casación Laboral expone en sentencias como la SL19506 del 22 de noviembre de 2017 (Rad. 54.309 y M.P. DOLLY CAGUASANGO), donde se arguye que se trata de *una garantía excepcional a la estabilidad y que no puede el juez extenderla de manera indebida para eventos no contemplados en la mencionada norma*, concluyendo así que **no existiendo la calificación de la pérdida de capacidad laboral para el momento del despido, ni tampoco el conocimiento del empleador de una situación de salud diferente a las incapacidades temporales, no era dable exigir la autorización del Ministerio del Trabajo exigida en la norma invocada por la parte demandante, previo a despedir a la trabajadora.**

No obstante, de otras decisiones como la Sentencia SL5451 de 2018, se desprende que los jueces deben evitar que se desborde por completo el espectro de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para reclamar al empleador las cargas legales correspondientes, lo que exige que este conozca y tenga presente que para el momento del despido el trabajador mantenía unas condiciones de funcionalidad diversa en el grado mínimo de

moderado y que ello exige el pleno conocimiento de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, dado que no todo quebrantamiento en la salud del trabajador da lugar al amparo de estabilidad laboral reforzada.

Conclusión que ha sido reiterada recientemente en providencia SL761 de 2019, donde la Corte concluye que *“el Tribunal no incurrió en error jurídico al identificar los requisitos para acceder a la protección derivada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y concluir la improcedencia de aplicar el amparo contenido en esta norma al presente asunto, puesto que es un hecho no controvertido, que al término de la relación de trabajo el actor no contaba con una calificación del grado de discapacidad”* y agrega que *“la Corte no evidencia los errores jurídicos que acusa el recurrente, pues no es dable otorgar la garantía de estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 si al término de la relación laboral no existe calificación de la discapacidad o pérdida de capacidad laboral del trabajador”*.

Sin embargo, más recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1083 del 5 de marzo de 2019 (Rad. 68.944 y M.P. SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO) establece, dentro de un caso donde la ex trabajadora no se encontraba calificada acerca de su pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración de la misma, que *“de manera pacífica se tiene adoctrinado por la Sala, que para que se active la estabilidad laboral reforzada es necesario que se cumplan tres presupuestos a saber: i) una pérdida de capacidad laboral superior al 15 %; ii) que el empleador conozca de la discapacidad y iii) que la relación laboral termine con ocasión de esta”*; sin embargo, agrega que *“se ha precisado por la Sala que para que opere la garantía de estabilidad laboral reforzada, no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5° de la Ley 361 de 1997, pues **lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador**, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”*.

Concluyendo sobre este último punto la Sala de Casación Laboral que *“para ser sujeto de especial protección no es necesario que exista una calificación de la junta de invalidez, dado que existe libertad probatoria pues, de acuerdo con lo adoctrinado por esta Sala, ese documento 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”*; conclusiones reiteradas posteriormente en providencia SL5181 de 2019, SL5056 de 2019 y otras.

De esta manera, efectivamente existe respaldo jurisprudencial sobre que la ausencia de un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral al momento de finalizar la relación laboral no conlleva necesariamente a desestimar las pretensiones de la actora, mientras el Juzgador encuentre que existe suficiente sustento para concluir que al momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo existía una condición de discapacidad o pérdida de capacidad en un grado equivalente al exigido por la norma y el referente jurisprudencial, debidamente conocida por el empleador de manera tal que le sea imputable objetivamente la necesidad de contar con permiso del Ministerio del Trabajo previo a la terminación unilateral pues de lo contrario se presumirá a favor del trabajador 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.

Por lo anterior, la Sala en sus últimos pronunciamientos ha expuesto como postura que existe libertad probatoria para que la parte actora demuestre por cualquier otro medio diferente al dictamen de PCL los padecimientos y quebrantos de salud que padecía al momento de la finalización del contrato de trabajo pese a que para esa fecha no se encontrara finalizado el trámite de calificación, aunque sí resulta indispensable dicho dictamen emitido inclusive con posterioridad a la terminación de la relación laboral para poder determinar si la limitación física, psíquica o sensorial es igual o superior al 15% de PCL y la fecha de estructuración, siempre que se encuentre demostrado el conocimiento del empleador de la situación de salud del trabajador.

Pues bien, aplicando este precepto al caso concreto se tiene que aunque está acreditado que al señor FONG VILLADA se le diagnosticó DISCOPATIA L5-S1 antes de finalizar la relación laboral y que había venido sufriendo problemas de salud relacionados desde el accidente laboral registrado el 22 de marzo de 2016, no existe dentro del plenario prueba alguna que evidencie que la enfermedad presentada por el actor en su columna le produjera una condición de discapacidad o pérdida de capacidad en un grado equivalente al exigido por la norma, esto es, el 15%, lo que resulta, indispensable para acceder a la garantía del artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Considera la Sala necesario señalar que se reconoce la existencia una tesis sustentada en el modelo biopsicosocial 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). Sin embargo, estima también 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.

Este criterio objetivo, largamente expuesto en esta providencia, busca evitar que se desborde el parámetro normativo de protección a situaciones para las cuáles no fue concebido por el legislador ya que este diseñó la garantía del artículo 26 de la Ley 361 para las personas con minusvalías en grado moderado o superior; lo que exige demostrar con suficientes elementos de convicción, que para el momento de la finalización del vínculo había una limitación que equivaliera al 15% de pérdida de la capacidad laboral.

En esa medida, como resaltara el *a quo*, la ausencia del dictamen de pérdida de capacidad laboral aparentemente obedece a la decisión del trabajador de no cumplir a cabalidad con las atenciones médicas que le fueron ordenadas y que después intentó recuperar al persistir en su integridad síntomas del diagnóstico por el que venía siendo tratado; y en aras de establecer bajo el principio de libertad probatoria si las pruebas obrantes determinan que la patología ostentaba cierto nivel de gravedad para el momento del despido, se advierte que solo obran al proceso prueba de 2 períodos de incapacidades: 22 al 25 de marzo (Fol. 62) y 18 al 19 de junio (Fol. 74) y se resalta que el

actor luego del accidente reportado, según histórico de atenciones certificado por la ARL a folios 284-285, apenas acudió a solicitar servicios médicos una o dos veces al mes entre abril y mayo de 2016, solo recuperando su tratamiento plenamente después del 18 de junio cuando ya le había sido notificada la finalización del período pactado, lo que para la Sala descarta que la patología para el momento del despido fuera de un nivel de impacto que amerite una calificación asimilable a la que exige el precedente jurisprudencial.

Sin perjuicio de lo anterior, se resalta que para acceder a la pretensión debe evidenciarse además que la relación laboral finalizara sin justa causa por parte del empleador para presumir que fue en razón a la condición física del trabajador; así lo explica la Sala de Casación Laboral en providencia SL848 de 2020 donde se señala que *“la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada”* y por ende una vez demostrado que el contrato finalizó por la expiración del plazo pactado, debidamente notificado el preaviso, no habría lugar a presumir la discriminación como reclama el apelante.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la demandada de las pretensiones dirigidas a reclamar reintegro y pago de las prestaciones laborales dejadas de percibir.

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la parte actora. Fijense como agencias en derecho a favor de cada demandada, la suma de \$250.000.

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 del 3 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo 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 demandante; fijense como agencias en derecho a favor de cada demandada la suma de \$250.000.

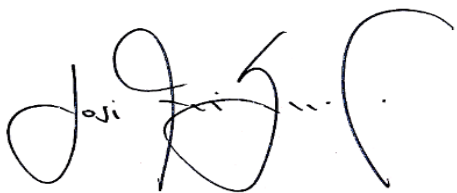
Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



ELVER NARANJO
Magistrado



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.
Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



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

Cúcuta, septiembre (17) de dos mil veinte (2020)

PROCESO : ORDINARIO EN APELACIÓN
RAD. ÚNICO : 54-001-31-05-002-2017-00466-00
P.T. : 18997
DEMANDANTE : JHOANA PATRICIA GARCIA CABRICO
DEMANDADO : UNIVERSIDAD DE PAMPLONA IPS-UNIPAMPLONA

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Realizado el examen preliminar, se admite el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha (03) de marzo de dos mil veinte (2020).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Nidia Belén Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.

Secretario



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

Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2018-00133-00
RADICADO INTERNO:	18.636
DEMANDANTE:	JOSÉ IVÁN GONZÁLEZ VARGAS
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ IVÁN GONZÁLEZ VARGAS en calidad de cónyuge supérstite de SANDRA SONIA CUBEROS HERNÁNDEZ contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2018-00133-00, y radicación interna N° 18.636 de este Tribunal Superior para conocer en Grado Jurisdiccional de Consulta la sentencia del 10 de junio de 2019, 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

El señor JOSÉ IVÁN GONZÁLEZ VARGAS, en calidad de cónyuge supérstite de la Sra. SANDRA SONIA CUBEROS HERNANDEZ, interpuso demanda ordinaria laboral contra el I.C.B.F. para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el 1 de febrero de 1996 hasta el 9 de mayo de 2007, cuando se desempeñó como madre comunitaria para proceder al reconocimiento de los salarios adeudados, primas, cesantías, intereses a cesantías, vacaciones, dotación, horas extras, aportes al sistema general de seguridad social, indemnización del artículo 65 del C.S.T. por impago de prestaciones y del artículo 99 de la ley 50 de 1990 por no consignación de cesantías, debidamente indexadas a la fecha de pago.

Como fundamentos de hecho esbozó que la señora CUBEROS HERNÁNDEZ laboró para el ICBF en el término señalado, en el hogar comunitario ENANITOS de la calle 9ª #19-35 del Barrio Nuevo Horizonte de esta ciudad, vinculación que se originó a través de los contratos que suscribió el ICBF con los operadores o ASOCIACIONES DE PADRES DE FAMILIA y sobre los cuáles realizaba supervisión mediante visitas de verificación de estándares; agrega que cumplió labores como madre comunitaria en las condiciones impuestas por el ICBF, de 6 am a 6 pm y percibiendo el salario por concepto de beca, de

donde se destinaba el pago de parafiscales y gastos del hogar comunitario, configurando así los requisitos del contrato de trabajo.

El demandado I.C.B.F. dentro de la oportunidad legal se opuso a las pretensiones de la demanda por no existir vínculo laboral alguno con la señora CUBEROS HERNÁNDEZ, ni cumplirse los elementos para declarar la relación laboral; manifestando frente a los hechos que la entidad suscribe contratos de aportes con asociaciones de padres de familia o entidades sin ánimos de lucro, regulado en el decreto 1340 de 1995 y mediante evolución jurisprudencial. Propuso como excepciones la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE CONTRATO LABORAL, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DEL ICBF PARA CELEBRAR CONTRATOS DE TRABAJO, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, INEXISTENCIA DE ELEMENTOS QUE CONFIGUREN RELACIÓN LABORAL, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD, PRESCRIPCIÓN y GENÉRICA.

El agente del Ministerio Público en su momento contestó resaltando que en sentencia SU079 de 2018 la Corte Constitucional concluyó que entre las madres comunitarias y el ICBF no se puede configurar una vinculación laboral por tratarse de una labor solidaria, regulada en la Ley 89 de 1980 y el Decreto 2019 de 1989, que regula el programa descartando la posibilidad de reconocerles la calidad de servidoras públicas.

2. ANTECEDENTES RELEVANTES DE LA SENTENCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

Mediante sentencia del 10 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, se resolvió ABSOLVER al I.C.B.F. de las pretensiones incoadas en la demanda por el cónyuge de la señora SANDRA SONIA CUBEROS HERNÁNDEZ y se abstuvo de imponer condena en costas.

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el objeto del litigio se enmarca en determinar si entre la señora CUBEROS HERNÁNDEZ y el I.C.B.F. existió una relación laboral que haga procedente el reconocimiento de las prestaciones e indemnizaciones reclamadas.

- Que no se discute la existencia del vínculo entre la demandante con la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS NUEVO HORIZONTE desde febrero de 1996, según documento visto a folio 22, y que se extendió hasta el 9 de mayo de 2007.

- Que el ICBF por disposición legal tiene entre sus funciones garantizar las necesidades de la sociedad para la realización y protección de la familia y en especial del menor necesitado; canalizando sus compromisos a través del sistema nacional de bienestar familiar, conformado también por hogares infantiles donde se entregan dineros a asociaciones de padres para brindar

atención a niños y niñas, quienes mediante su propio personal y con total autonomía manejan los recursos entregados.

- Que la relación laboral con las personas contratadas para trabajar en estos hogares infantiles se establece directamente entre estas y las Asociaciones, quienes se obligan a cumplir con las obligaciones legales vigentes.

- Que entonces el ICBF no tiene ninguna injerencia en lo correspondiente a salarios y prestaciones sociales derivado de las relaciones laborales existentes entre las administradoras del programa y sus empleados, por la autonomía de los primeros.

- Que en pronunciamiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla se resaltó que estas relaciones laborales se suscitaban entre las asociaciones de padres y madres comunitarias, limitándose el ICBF a cumplir con el contrato de aportes que no puede confundirse con uno de obra o labor determinada y por lo que tampoco puede predicarse la existencia de solidaridad laboral.

- Que el Consejo de Estado en sentencia 2670 del 30 de marzo de 2016, también señaló que no puede existir responsabilidad laboral en favor de las madres comunitarias y a cargo del I.C.B.F., pues el Decreto 289 de 2014 definió que estas no eran empleadas públicas y sus empleadores son las administradoras del programa, siendo estas las que deben asumir las prestaciones laborales, lo que no excluye la capacidad del Bienestar de verificar y vigilar la prestación del servicio a las administradoras, incluyendo la dignidad laboral de las madres comunitarias y por ello finalizar los contratos de aportes y hacer exigibles las pólizas de seguro.

- Que la Corte Constitucional en Sentencia SU079 de 2018 recordó que de manera progresiva debía diseñarse una modalidad de vinculación que garantizara a las madres comunitarias el salario mínimo, sin implicar el reconocimiento de la calidad de empleadas públicas y resalta que la vinculación había sido de carácter contractual civil.

- Que conforme la jurisprudencia en cita, la fallecida trabajadora no estuvo vinculada laboralmente con el I.C.B.F. pues su relación se remite a la normatividad que se consagró para los hogares comunitarios y los contratos de aporte que estos suscribían con la demandada, mediante una contribución voluntaria que no implica asociación laboral

3. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue desfavorable a las pretensiones del trabajador, 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.

4. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

No presentó alegatos.

- **PARTE DEMANDADA:**

El apoderado del I.C.B.F. solicita se nieguen las pretensiones del cónyuge supérstite de la señora SANDRA CUBEROS sobre reconocer una relación laboral pues la misma nunca existió, dado que el servicio que se presta en la modalidad de hogar comunitario no genera vínculo laboral con el ICBF; para ello recuerda que el programa de Hogares Comunitarios es ejecutado por el ICBF por estricta disposición constitucional y legal junto a todos los programas del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, para los cuáles la norma permite suscribir contratos especiales de aportes con personas jurídicas y que estos presten el servicio bajo su exclusiva responsabilidad y personal, siendo este un programa ejecutado por la comunidad a través de organizaciones comunitarias.

Por lo anterior, solicita se declare la inexistencia de la obligación, por no existir el contrato o vínculo laboral y no ser jurídicamente posible su declaratoria; en todo caso, resalta que no existirían los requisitos del artículo 23 del C.S.T. frente al I.C.B.F. sino la organización comunitaria respectiva, siempre que la relación sea posterior al Decreto 289 de 2014, conforme se ordena en providencia T-628 de 2012. Concluye que legalmente, los operadores del programa tienen relaciones autónomas con su personal, sin relación jurídica con el I.C.B.F. o su contrato de aportes.

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. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala, atendiendo al grado jurisdiccional de consulta, son los siguientes:

¿Se encuentra debidamente acreditada la existencia del contrato de trabajo entre la señora SANDRA SONIA CUBEROS HERNANDEZ y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR durante los períodos del 1 de febrero de 1996 hasta el 9 de mayo de 2007?

Y, ¿Si da lugar a imponer las condenas correspondientes por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que reclama?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, desde la demanda el señor JOSÉ IVÁN GONZÁLEZ VARGAS en calidad de cónyuge supérstite de la señora SANDRA SONIA CUBEROS HERNANDEZ, solicita la declaratoria de un contrato de trabajo realidad a término indefinido entre su fallecida esposa como madre comunitaria con el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, entre los períodos del 1 de febrero de 1996 hasta el 9 de mayo de 2007, para que se ordene el pago

de los conceptos de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones dejadas de percibir durante el período en que se prestó el servicio.

Al respecto, el juez de instancia, concluyó que, según los presupuestos legales analizados por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, no puede predicarse la existencia de relaciones laborales entre las madres comunitarias y el I.C.B.F., sin perjuicio de que esta hubiera efectuado contratos de aportes con las asociaciones de padres de familia, pues la norma excluye esta posibilidad y en todo caso correspondería a estas administradoras del programa; conclusiones que serán objeto del Grado Jurisdiccional de Consulta.

Para resolver el presente asunto, se debe tener en cuenta que en términos del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo, contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; ante ello, acorde al artículo 23, para que se predique su existencia debe existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T., subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, enseña que *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, pues una vez reunidos los tres elementos anterior referidos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, no obstante esta presunción admite prueba en contrario.

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es de cargo del empleador desvirtuar la presunción. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes oportunidades, entre estas en la sentencia de 13 de diciembre de 1996, donde precisa que el artículo 24 no consagra un derecho sino una regla de juicio que afecta la carga de la prueba en el proceso laboral, esto es, se trata de una instrucción a los jueces laborales, relevando al trabajador de acreditar el elemento de la subordinación pues este se presume y toda prestación de una actividad personal a favor de otra persona, natural o jurídica, debe entenderse en principio como laboral a menos que el empleador desvirtúe que hubo dependencia.

De otro campo, 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, a folio 22 obra constancia suscrita por BLANCA BAEZ como representante legal de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES COMUNITARIOS NUEVO HORIZONTE certifica que la señora SANDRA SONIA CUBEROS HERNÁNDEZ laboró como Madre Comunitaria del 1 de febrero de 1996 hasta el 9 de mayo de 2007; de manera que, como hiciera el juez de instancia, resulta fundamental analizar la regulación del ordenamiento jurídico sobre la actividad de las madres comunitarias, cuya ejecución

depende de la suscripción de un contrato por aportes en favor de un hogar comunitario.

Referente a la naturaleza del contrato por aportes del cual se predica la existencia de una relación laboral encubierta, se debe decir que se trata de una modalidad de contratación especial consagrada en el ordenamiento jurídico como parte del desarrollo del I.C.B.F. y su actividad de coordinación de actividades sociales de atención a la infancia y la adolescencia, gestándose entre 1979 y 1988 bajo la entrega de “becas” personales a quienes constituyeran acciones mancomunadas de atención a población infantil en estratos sociales pobres que devino en la creación del programa Hogares Comunitarios de Bienestar en 1989.

Hasta el Decreto 1340 de 1995 se reglamentó el funcionamiento de estos Hogares Comunitarios, norma cuyo artículo 4º dispuso la forma de vinculación de las madres comunitarias definiéndola como un “trabajo solidario” a través de una “contribución voluntaria” partiendo de que es la familia y la sociedad quien tiene la obligación de asistir y proteger a los niños, agregando que esta vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras, ni con las entidades públicas que en él participen; siendo esta la base en que se edificó el contrato de aporte contenido en el Acuerdo 21 de 1996 del I.C.B.F., donde se dirigirían los conceptos de “beca” hasta ahora cancelados particularmente a través de asociaciones de padres de familia, siendo ese el aporte que entregaba el Bienestar al servicio comunitario de atención infantil, del cual saldría la retribución económica a las madres comunitarias designadas por la asociación, incluyendo el aporte a seguridad social integral.

Posteriormente, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999¹, señaló que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF **“en ningún caso implicarán una relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas”**, pues dicha participación se trata de un trabajo solidario y una contribución voluntaria brindada por ésta.

Finalmente, hasta la Ley 1607 de 2012 se dispuso como parte de una reforma tributaria que el Estado de manera progresiva entre los años 2013 y 2014 diseñaría y adoptaría diferentes modalidades de vinculación formal a las madres comunitarias para garantizarles el acceso a un contrato laboral y a un salario mínimo mensual, lo cual se reglamentó en el decreto 289 de 2014; este último, determinó en su artículo 2º que **“Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social”**.

Del mismo modo, el artículo 3º de dicha ley prevé que *“las Madres Comunitarias no tendrán la calidad de servidoras públicas. Sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se*

¹ “Por el cual se organiza el Sistema Administrativo de Bienestar Familiar, se reestructura el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”.

pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF", norma que surgió de la formalización de esta actividad.

Al respecto en el tema de madres comunitarias y la existencia de una relación laboral, la Corte Constitucional en providencia SU079 de 2018 expone lo siguiente:

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

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

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

Reiterando esa conclusión, la sentencia SU273 de 2019 agregó que *"Debe recordarse que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral"* y frente a las pretensiones dirigidas contra el I.C.B.F. advierte que *"al no poderse legalmente estructurar una relación de trabajo entre las accionantes y el ICBF, para la Corte no existía obligación alguna en cabeza de la entidad accionada de reconocerla y de pagar las prestaciones sociales inherentes a la misma"*.

Concluye en esta providencia la Corte que *"el ICBF no está llamado a responder por los derechos fundamentales por ellas invocados, pues ha sido la ley y el reglamento, quienes han establecido las características del régimen*

jurídico de los hogares comunitarios y sustitutos de bienestar, no pudiendo la entidad actuar en contravía del ordenamiento que la rige” pues en todo caso, los servidores públicos tan solo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a sus competencias; finalizando la Corte que “no puede atribuírsele válidamente al ICBF haber ejecutado durante la existencia de los programas de hogares comunitarios y sustitutos actuaciones ilegales tendientes a desconocer relaciones de carácter laboral con las madres encargadas de los mismos, pues el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional reiterada, no admitieron tal hipótesis”.

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

Conforme a este recuento normativo y jurisprudencial, atendiendo a las fechas en que se suscitó la relación reclamada no es posible declararse la existencia de una relación laboral a cargo del I.C.B.F. que sobre las obligaciones pretendidas; dado que pese a la prestación del servicio y la posibilidad de que se ejecutaran actividades asimilables al concepto de subordinación, el ordenamiento jurídico ha previsto y desarrollado específicamente el funcionamiento del trabajo de las madres comunitarias y los hogares de bienestar excluyendo directamente la solidaridad reclamada para toda prestación anterior a la expedición del Decreto 289 de 2014 que cumplió lo ordenado en la Ley 1607 de 2012, advirtiendo en toda su esquematización que se trata de un servicio desarrollado inicialmente bajo los preceptos de una contribución voluntaria y solidaria con los menores de su comunidad, que recientemente ha venido siendo formalizada dentro de las políticas de progresividad de los derechos sociales y económicos, situación que ha sido advertida por la Corte Constitucional y que constituye un imperativo jurídico.

Con ello, resulta suficiente para confirmar lo resuelto en la decisión de primera instancia, dado que se evidencia que la integridad del período reclamado ocurrió antes de la formalización de la actividad de las madres comunitarias, haciendo improcedente las pretensiones de la demanda.

Finalmente, por surtirse el Grado Jurisdiccional de Consulta no habrá lugar a condena en costas.

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 10 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



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

Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2017-00308-00
RADICADO INTERNO:	18.656
DEMANDANTE:	ROGER IBÁÑEZ TORDECILLA
DEMANDADO:	G.A. SÁNCHEZ INGENIERÍA S.A.S. y OTROS

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ROGER IBÁÑEZ TORDECILLA contra G.A. SÁNCHEZ INGENIERÍA S.A.S., GUSTAVO GARCÍA ANTOLÍNEZ e IMAR ORLANDO VACCA MACHADO, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2017-00308-00, y Radicación interna N° 18.656 de este Tribunal Superior, a conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 14 de junio 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. ANTECEDENTES

El señor ROGER IBÁÑEZ TORDECILLA, mediante apoderada judicial, interpuso demanda ordinaria laboral contra G.A. SÁNCHEZ INGENIERÍA S.A.S., GUSTAVO GARCÍA ANTOLÍNEZ e IMAR ORLANDO VACCA MACHADO como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL CIC PAMPLONA, para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de diciembre de 2015 y el 24 de julio de 2016, con un salario de \$1.800.000; para que se reconocieran conceptos adeudados por aportes a seguridad social, cesantías, intereses a cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción moratoria por no pago de prestaciones y no consignación de cesantías.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, expresa que prestó sus servicios de forma personal a los demandados mediante contrato verbal desde el 1 de diciembre de 2015 y fue desvinculado al terminar la obra el 24 de julio de 2016, ejerciendo como maestro de obra para los miembros de la U.T. CIC PAMPLONA en jornadas de 8 horas diarias por un salario de \$1'800.000; sin embargo los pagos a seguridad social se hicieron por un ingreso menor y se dejaron de cancelar las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral.

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado de G.A. SÁNCHEZ INGENIERÍA S.A.S. contestó a la demanda allanándose a las pretensiones de prestaciones sociales, pero reclamando que se le condene por su participación del 2% en la U.T. y oponiéndose a las condenas derivadas de la mala fe.

Los señores GUSTAVO GARCÍA ANTOLÍNEZ e IMAR ORLANDO VACCA MACHADO, a través del mismo apoderado judicial, contestaron oponiéndose a las pretensiones por estimar que la labor desempeñada fue como un contratista y era el actor quien, como maestro de obra, tenía su propio personal de obreros a cargo y actuaba bajo sus propios lineamientos. Propone como excepciones la INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL, FALTA DE CAPACIDAD PARA SER DEMANDADO, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, MALA FE DEL DEMANDANTE y BUENA FE DE LA DEMANDADA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En sentencia del 14 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, se resolvió:

PRIMERO: Declaró no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO y PRESCRIPCIÓN.

SEGUNDO: Declaró que entre ROGER IBÁÑEZ TORDECILLA y los demandados GUSTAVO GARCÍA ANTOLÍNEZ e IMAR ORLANDO VACCA MACHADO y La Empresa G.A. SÁNCHEZ INGENIERÍA S.A.S., existió un contrato realidad desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 24 de julio de 2016.

TERCERO: Condenó a los demandados a reconocer y pagar, de manera ilimitada y solidariamente, los siguientes conceptos: \$1.170.000 por cesantías, \$91.260 por intereses a cesantías, \$585.000 por vacaciones y \$1.170.000 por prima de servicios.

CUARTO: Condenó a los demandados a consignar en la A.F.P. correspondiente, previo cálculo actuarial realizado por ésta incluyendo los intereses moratorios, el reajuste de los aportes pensionales causados desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 24 de julio de 2016 teniendo como salario base de cotización la suma de \$1'800.000.

QUINTO: Absolvió de las demás pretensiones.

SEXTO: Condenó en costas a los demandados.

2.2. Fundamento de la Decisión.

La jueza, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Que el problema jurídico consiste en determinar si entre el demandante ROGER IBÁÑEZ TORDECILLA y los señores GUSTAVO GARCÍA ANTOLÍNEZ, IMAR ORLANDO VACCA MACHADO y La Empresa GA SÁNCHEZ

INGENIERÍA S.A.S., existió un contrato de trabajo desde el 01 de diciembre de 2015 hasta el 24 de julio de 2016, y por ende, si le asiste derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales e indemnizaciones.

- Que conforme a los preceptos de los artículos 22 a 24 del C.S.T., una vez demostrada la prestación del servicio es carga de la prueba de los demandados desvirtuar la misma, evidenciando que la relación fue independiente, alegando en este caso que la defensa gira en torno a que el actor era contratista de mano de obra en la U.T. CIC PAMPLONA con personal de obreros a su mando sin prestar servicios de forma personal.

- Que resulta ineficaz el allanamiento a las pretensiones que se realizó en la contestación de la demandada G.A. SÁNCHEZ INGENIERÍA S.A.S., dado que conforme el numeral 4° del artículo 99 del C.G.P. este debía surtirse con facultad expresa del poderdante y no se cumplió este requisito.

- Que en su interrogatorio de parte el demandado GUSTAVO GARCÍA expresó que se vinculó al actor como contratista para realizar con sus propios trabajadores las labores de excavaciones, vigas y yacimientos; que este iba pasando sus cuentas de cobro y se iban cancelando y que era la interventoría quien cancelaba los aportes a seguridad social, inicialmente de 5 pasó a casi 20 trabajadores; el señor IMAR VACCA MACHADO no asistió al interrogatorio y se aplicó la confesión ficta del artículo 205 del C.P.T.Y.S.S.

- Que el demandante en su interrogatorio señaló que usualmente esta clase de contratos se hacían por contrato, cuando el maestro de obra busca a los obreros y se cancela quincenalmente o por administración cuando el ingeniero es quien administra la obra y por tanto el personal; que en el primer caso es el maestro de obra el empleador e inclusive adquiere pólizas pero no fue el caso, pues la UT lo contrató y era quien administraba la plantilla.

- Que según lineamientos jurisprudenciales, debe establecerse más allá de la formalidad cual fue la ejecución que tuvo la relación entre las partes y si efectivamente el actor fue un contratista conforme el artículo 34 del C.S.T.; anexándose como pruebas documentales, un registro de pagos parciales que se corresponde con la remuneración, una descripción de materiales pero sin la firma del demandante por lo que no le es oponible, una comunicación con un tercero donde se cita al actor como contratista.

- Que como prueba testimonial, se oyó al señor ORLANDO DELGADO RODRÍGUEZ, contratista de los demandados quien explicó que era el ingeniero Sánchez quien cancelaba al personal pues ellos no tenían capacidad para cubrir estos rubros y por eso incluso les cancelaban a todos los aportes, que el actor iba casi todos los días pero como era quien daba instrucciones podía ausentarse lunes o viernes. Por su parte, el auxiliar de ingeniería JOSÉ MAURICIO FANDIÑO, manifestó que revisaba los planos y el cumplimiento de las normas, así como los documentos para el cobro, viendo al demandante ejercer la coordinación de labores y que escasamente faltaba un lunes o sábado, que si bien daba el visto bueno para contratar a otros trabajadores, el que cancelaba los salarios era el Sr. Gustavo o German y también la seguridad social, así como brindaban las herramientas para ejecutar las labores y ejercían vigilancia a través del portero o el interventor. Finalmente se oyó al señor FÉLIX CONTRERAS CARVAJAL, celador de la UT,

quien confirmó que el actor era el que mandaba a los obreros y tenía entendido que era contratista.

- Que conforme a las pruebas obrantes en el proceso, se demostró la prestación personal del servicio como maestro de obras, pero no que fuera un verdadero contratista independiente, porque no ejecutó esas funciones asumiendo los riesgos propios de la función a su cargo, ni con sus propios medios y sin gozar de libertad y autonomía técnica y directiva para que se considerara un contratista independiente; dado que los pagos de sus alegados empleados provenían de transferencias directas de la U.T. así como los materiales y herramientas, afiliaciones a seguridad social.

- Que en esa medida, se dio un uso indebido de la figura de contratista independiente en el desarrollo de la obra que ejecutaba la U.T., pues no se acreditaban los requisitos de independencia y autonomía para constituir esa calidad y el demandante nunca tuvo la capacidad financiera o técnica para ejercerla por su propio riesgo, e inclusive al repartir órdenes como capataz lo hacía en representación de las demandadas y no propiamente como empleador.

- Que lo anterior conlleva a declarar la existencia del contrato reclamado, por cuyas condenas deben responder ilimitadamente y en solidaridad los miembros de la Unión Temporal, pues su participación es solo el límite para responder por sanciones derivadas del incumplimiento del contrato según la Ley 80 de 1993 y no por las obligaciones laborales a su cargo, según Sentencia de Radicado 24.426 del 11 de febrero de 2009 de la Corte Suprema de Justicia.

- Que al cancelarse quincenalmente la suma de \$900.000 según la documental anexa, el salario mensual equivale a \$1'800.000 sobre lo cual se liquidan las prestaciones sociales, vacaciones y se debe reajustar el pago de seguridad social pues según las pruebas se cotizaba sobre el salario mínimo.

- Que la indemnización moratoria tiene como fin sancionar al empleador que obró de mala fe, por lo que no es de aplicación automática, y en este caso se advierte que entre las partes había un convencimiento sobre que el vínculo entre ellos no era de carácter laboral, inclusive el demandante refiere en su interrogatorio que durante los primeros 15 días no sabía si su papel como maestro era de contratista o de empleado, lo que impide acceder a esta condena.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia afirmando que se había incurrido en defecto fáctico al valorar indebidamente las pruebas, tanto documentales como testimoniales, que conllevaron a absolver por concepto de sanción moratoria; dado que en todo momento está demostrado que el control de la obra estuvo sobre los demandados así como los pagos, que a la fecha no se han realizado y por lo que existe un actuar de mala fe que debe ser reconocido.

Agregó que las manifestaciones del demandante en el interrogatorio no puede ser base para absolver en este concepto, dado que es un sujeto sin conocimiento sobre cómo opera la mala fe en asuntos laborales mientras los

demandados son sujetos con plena capacidad de pago que han negado reiteradamente los derechos reclamados.

Finalmente, señala que el salario base de cotización no era el que realmente sustentaba para ordenar las prestaciones sociales.

4. ALEGATOS

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

•PARTE DEMANDANTE:

La apoderada de la parte actora reitera que reclama el reconocimiento de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., para ello recuerda que se demostró la existencia del contrato laboral, se decretó la confesión ficta de la demandada, se evidenció que el actor prestó personalmente sus servicios y que el oficio de las demandadas era precisamente la de construcción de obras civiles, como la contratada con el actor, cumpliendo un horario en igual condición que los otros trabajadores.

Se opone a la conclusión de que los demandados no actuaron de mala fe porque no conocían de que se trataba de una relación laboral pues quien desconoce de términos jurídicos es el Señor Ibáñez, no el demandado cuyo representante es abogado con amplia experiencia en obras civiles, tenían la prohibición del municipio para subcontratar y no se dio claridad alguna al trabajador sobre su vinculación; es decir, desconocieron los principios de contratación pública y el contrato suscrito No. 0280 de 2015 en su cláusula décimo sexta. Así mismo, dio por probado el convencimiento de un contrato civil pese a la ausencia de pruebas concordantes como pólizas, pagos de seguridad social a sus alegados empleados que eran hechos realmente y a nombre de la demandada, por ende sabían de que no tenían un vínculo civil.

•PARTE DEMANDADA:

El apoderado de GUSTAVO GARCÍA ANTOLINEZ, solicita que no se acceda a la indemnización moratoria por la que se apeló, pues la jurisprudencia señala que esta no opera de manera automática sino demostrada la mala fe en el obrar del demandado a través del examen de su conducta y las circunstancias que rodearon el desarrollo del vínculo; es decir que no existe una presunción de mala fe aplicable y si esta no es demostrada, debe absolverse.

Los demás demandados 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. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Si en virtud del contrato de realidad declarado entre el señor ROGER IBÁÑEZ TORDECILLA y los demandados G.A. SÁNCHEZ INGENIERÍA S.A.S., GUSTAVO GARCÍA ANTOLÍNEZ e IMAR ORLANDO VACCA MACHADO se reconocieron las prestaciones sociales con el salario base de liquidación adecuado?

¿Resulta procedente la imposición de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y el artículo 99 de la ley 50 de 1990 en el vínculo declarado?

7. CONSIDERACIONES:

En el presente asunto se accedió a las pretensiones principales de la demanda elevada por el señor ROGER IBÁÑEZ TORDECILLA, al declarar la existencia de un contrato de trabajo realidad con los demandados miembros de la U.T. CIC PAMPLONA, G.A. SÁNCHEZ INGENIERÍA S.A.S., GUSTAVO GARCÍA ANTOLÍNEZ e IMAR ORLANDO VACCA MACHADO, entre el 1 de diciembre de 2015 y el 24 de julio de 2016 y por el cual se elevaron condenas por concepto de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema general de pensiones.

La parte demandante interpuso su recurso de apelación encaminado exclusivamente a reclamar se varié el salario base de liquidación y obtener el reconocimiento de la indemnización moratoria. Por su parte, la jueza *a quo* absolvió por la moratoria, al afirmar, que entre las partes hubo un convencimiento de que no se trataba de un contrato laboral por lo que se descartó la mala fe de la parte demandada; a lo cual se opone la apelante, esgrimiendo que hubo una indebida valoración probatoria, tanto del material documental como testimonial, debido a que se evidenció, el actuar mal intencionado de los demandados al negar los derechos laborales reclamados y menciona además, que el salario base de cotización no era el que realmente correspondía para ordenar las condenas por prestaciones sociales.

Conforme a lo anterior, según el principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., no existe competencia para que la Sala se pronuncie sobre los asuntos que no fueron materia de controversia por la parte demandada que no interpuso recurso alguno, esto es la declaratoria del contrato de trabajo, los conceptos por los que hubo condena y la responsabilidad solidaria.

Procediendo con el primer asunto, el salario base de liquidación declarado, se advierte que desde la demanda se afirmó en el hecho séptimo (Fol. 36) que el salario cancelado al actor era de \$1'800.000 y éste fue el reconocido en la sentencia impugnada, en razón a los documentos vistos entre folios 14 y 18 donde se evidencian pagos quincenales por \$900.000, sin que en el recurso se haga mención sobre cuál sería el verdadero salario a tener en cuenta.

De lo anterior se desprende que no solo el salario declarado corresponde con los elementos de prueba vistos al expediente, sino que en virtud del principio de congruencia no sería posible reformar la decisión adoptada en primera instancia, por cuanto se reconoció el valor solicitado en la demanda y una suma superior no fue debatida en el curso del proceso para ser analizada por el juez de primera instancia, el cual tiene las facultades extra y ultra petita para reconocer más allá de las pretensiones.

En consecuencia, se confirmará el salario declarado en primera instancia por ser tanto el reclamado desde la demanda como el demostrado con los medios de prueba obrantes al plenario.

Agotado lo anterior, corresponde ahora establecer si son procedentes las indemnizaciones moratorias solicitadas en la demanda por el impago de prestaciones sociales al finalizar la relación laboral y la no consignación oportuna de cesantías en el fondo.

De conformidad con el artículo 65 del C.S.T., *“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.”*

Por su parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece en su numeral tercero que *“El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*.

Al respecto, sobre la indemnización moratoria, se traerá a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-1091 de 2018 al indicar que esta condena *“...tiene un carácter eminentemente sancionatorio, pues se genera cuando quiera que el empleador se sustrae, sin justificación atendible, al pago de salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del vínculo laboral”* y se ha agregado por la jurisprudencia *“que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe para exonerar al empleador”*; esta noción que rechaza la aplicación automática de la indemnización moratoria se extiende a la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, indicando la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3492 de 2018, que *“para su imposición el fallador debe analizar la conducta del empleador a efectos de establecer si la omisión en la consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe de parte aquel para, de esta manera, proceder a eximirlo de su pago”*.

Más recientemente, la providencia SL1293 de 2020 resalta que la Sala de Casación Laboral *“...se ha opuesto a cualquier hermenéutica fundada en reglas inderrotables y concluyentes acerca de cuándo procede o en qué casos*

hay buena fe o no, pues se ha inclinado por la verificación de la conducta del empleador en cada caso concreto, de acuerdo con todos los detalles y peculiaridades que aparezcan probados en el proceso, pues «no hay reglas absolutas que fatal u objetivamente determinen cuándo un empleador es de buena o de mala fe» y «sólo el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro» concluyendo que *“las decisiones fundamentadas en guías o paradigmas preestablecidos de comportamiento de buena o mala fe, se distancian del sentido que esta Sala les ha atribuido a los preceptos normativos que consagran la indemnización moratoria, que, se repite, exigen sin excepción, la revisión completa y dimensionada de todos los elementos del caso”*.

Ante ello, no existe un parámetro objetivo para determinar la buena fe del empleador para no cancelar las prestaciones laborales respectivas al trabajador cuando ha finalizado la relación laboral, sino que compete al juzgador establecer si existió alguna justificación que permita entrever que el empleador entendía que no estaba obligado a cancelar los derechos reconocidos, o que estaba convencido de que existían serias razones objetivas y jurídicas para abstenerse de hacer los pagos.

En el presente caso, la jueza *a quo* concluyó que de las pruebas recepcionadas se derivaba el convencimiento de ambas partes sobre que el vínculo entre ellos era de carácter civil y no laboral, principalmente porque el demandante en su interrogatorio explicó que usualmente en sus 20 años de labores había dos formas de contratar: como maestro de obra donde se busca a los obreros y se cancelan por avances de obra o mediante administración donde es el ingeniero o arquitecto quien administra la obra, sin tener claridad sobre cuál era la situación en los primeros días. No obstante, la apelante reclama que precisamente esta falta de conocimiento y el control total de la obra que tenían los demandados hace evidente la mala fe con que estos actuaron.

Sobre la forma de valorar la mala fe, la sentencia SL11436 del 29 de junio de 2016 (Rad. 45.536 y M.P. GERARDO BOTERO) hace un recorrido sobre los precedentes que debe seguir todo funcionario judicial al estudiar la imposición de la indemnización moratoria; destacando que el simple desconocimiento del contrato de trabajo al contestar no sirve para absolver al empleador, ni la declaración genera automáticamente la condena a favor del trabajador pues *“se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria sobre las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del vínculo”* para definir la buena o mala fe.

Algunos elementos a tener en cuenta son la conducta del empleador, tanto en el desarrollo de la relación como con su finalización, esto es, *“en relación a los actos y comportamientos del empleador moroso que permitan descalificar o no su proceder”*, recordando que en decisiones previas se dieron algunos parámetros como la necesidad de evaluar *“si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no pagarlos”*, también si *“éste tuvo razones serias y atendibles, que le generaron el convencimiento sincero y honesto de no deber, o que justifiquen su incumplimiento”*.

En el presente caso se tiene que los demandados conformaron la UNIÓN TEMPORAL CIC PAMPLONA para la licitación y suscripción del contrato No. 280 de 2015 con la ALCALDÍA MUNICIPAL DE PAMPLONA (Fol. 298-309)

para ejecutar la construcción del Centro de Integración Ciudadana en virtud del Convenio Interadministrativo No. 183 de 2015 por valor de \$724.298.905. En ejecución de este contrato, los demandados aceptaron que el señor ROGER IBÁÑEZ TORDECILLA se vinculó como maestro de obra, aunque aclarando que este tenía su propio personal y era considerado un contratista para las labores de excavación, aunque sin suscribir documento alguno.

Dentro del trámite probatorio, se pudo establecer por el testimonio del señor JOSÉ MAURICIO FANDIÑO que, si bien el personal bajo el mando del señor IBÁÑEZ TORDECILLA eran elegidos por él; el visto bueno para su vinculación lo daban los ingenieros Gustavo y Germán, así como el pago era realizado por el demandante pero con dinero consignado por los ingenieros y bajo su supervisión como auxiliar contable para verificar que se hicieran de manera completa. Este mismo testigo refirió que todos los elementos y herramientas que usaban los obreros eran de la Unión Temporal.

Por su parte, el testigo ORLANDO DELGADO que era otro contratista para labores de pisos, refirió desde su experiencia en la misma obra que el ingeniero Sánchez era el responsable del pago del personal y se canalizaba a través de los maestros de obra, pues no tenían la capacidad de cubrir esto por su cuenta y de allí que también pagaban los aportes a la seguridad social, esto último confirmado por las planillas de pago aportadas en la contestación por los demandados.

Con estos elementos de prueba, difiere la Sala de los argumentos de la jueza de instancia, en la medida que no puede partirse de la igualdad entre el señor IBÁÑEZ TORDECILLA y los demandados, pues estos al conformar una Unión Temporal para participar en una licitación pública, debieron haberse ajustado a los principios de la contratación estatal contenidos en los artículos 23 a 26 de la Ley 80 de 1993: transparencia, economía y responsabilidad. En esa medida, no resulta adecuado que la actividad entre los demandados y sus contratistas se hiciera verbalmente, sin respaldo documental para llevar la vigilancia de sus actuaciones.

Se resalta que en la cláusula decimosegunda del contrato, los miembros de la U.T. se comprometieron a cumplir con todas las obligaciones legales sobre la contratación de personal Colombiano y extranjero, advirtiendo el documento que el contratista se obliga al cumplimiento de todas las normas legales vigentes y al pago de todos los salarios y prestaciones sociales de manera oportuna. De esta manera, la falta de transparencia frente a la modalidad en que se vinculó el señor IBÁÑEZ TORDECILLA no puede ser sino imputable a los demandados, quienes, en su calidad de contratistas del estado, debieron haber cumplido con sus obligaciones contractuales debidamente y de manera verificable, para que no se presenten estas situaciones.

En esta medida, no solo eran los demandados quienes debieron haber dejado claro y delimitado el alcance de su vinculación con el actor para cumplir sus obligaciones contractuales, sino que debían tener pleno conocimiento que al asumir los salarios y prestaciones de todo el personal, así como la ejecución de la obra bajo su presupuesto y patrimonio, no podían dar el trato de contratista a quien realmente era un trabajador con cargo de maestro de obra; lo que hace evidente la mala fe en su actuar.

Fluye de lo expuesto, que se revocará parcialmente el numeral quinto de la decisión de primera instancia, que no accedió a las sanciones moratorias y en su lugar se condenará por las mismas, por lo que conforme al artículo 65 del C.S.T., se ordena a los demandados G.A. SÁNCHEZ INGENIERÍA S.A.S., GUSTAVO GARCÍA ANTOLÍNEZ e IMAR ORLANDO VACCA MACHADO, el pago de un día de salario por cada día de retardo hasta por veinticuatro meses y de intereses de mora sobre el capital adeudado desde el mes 25 hasta que se cancele el total adeudado, esto es \$60.000 diarios a partir del 25 de julio de 2016 hasta el 24 de julio de 2018 para un total de \$43.200.000 y a partir del 25 de julio de 2018 se dispone el pago de intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera liquidados sobre la suma de \$3.016.260 hasta que se proceda con el pago total.

En cuanto a la sanción del numeral 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990, se advierte que la misma se causó el 15 de febrero de 2016 al no consignar las cesantías causadas en diciembre de 2015, y esta corrió por concepto de un día de salario desde esa fecha hasta el momento en que finalizó la contratación el 24 de julio de 2016; esto es la suma de \$60.000 diarios entre el 15 de febrero y el 24 de julio de 2016, 159 días, para un total de \$9.540.000.

Respecto de las cesantías causadas del 1 de enero al 24 de julio de 2016, como las mismas debieron ser pagadas directamente al trabajador con la liquidación final y no consignadas en el fondo, sobre estas no se causa sanción moratoria.

Al prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, no habrá condena en costas de segunda instancia.

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: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia de fecha 14 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, y en su lugar condenar a los demandados G.A. SÁNCHEZ INGENIERÍA S.A.S., GUSTAVO GARCÍA ANTOLÍNEZ e IMAR ORLANDO VACCA MACHADO a reconocer y pagar al señor ROGER IBÁÑEZ TORDECILLA los siguientes conceptos:

- a. Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.: Equivalente a \$60.000 diarios entre el 25 de julio de 2016 y el 24 de julio de 2018 para un total de \$43.200.000 y a partir del 25 de julio de 2018 se dispone el pago de intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera liquidados sobre la suma de \$3.016.260 hasta que se proceda con el pago total.
- b. Sanción moratoria por no consignación oportuna de cesantías del año 2015: Equivalente a \$60.000 diarios entre el 15 de febrero y el 24 de julio de 2016, 159 días, para un total de \$9.540.000.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por resultar favorable el recurso al apelante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



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

Cúcuta, Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2018-00133-00
RADICADO INTERNO:	18.821
DEMANDANTE:	EDITH TATIANA GARCÍA CONTRERAS
DEMANDADO:	PALMEROS ALIADOS DE COLOMBIA S.A – PALMEROS S.A

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EDITH TATIANA GARCÍA CONTRERAS contra PALMEROS ALIADOS DE COLOMBIA S.A – “PALMEROS S.A”, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2018-00133-00, y Radicación Interna N° 18.821 de este Tribunal Superior, a conocer en grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 23 de septiembre 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 sentencia del 23 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, resolvió declarar probada las excepciones de inexistencia del derecho reclamado e inexistencia de la obligación.

1.2. Fundamento de la Decisión.

La jueza, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- De acuerdo con las pruebas obrantes al plenario, se acreditó que la actora tenía la obligación como supervisora de verificar cantidad y calidad de palma realizadas por los trabajadores para efectos de calcular la nómina y que el incumplimiento de esta obligación está tipificado taxativamente en el contrato de trabajo como una falta grave que conduce al despido.

- Que de igual forma, los anteriores hechos se encuentran acreditados con la confesión de la demandante, en los términos del artículo 191 del Código General del Proceso en el interrogatorio de parte, dado que en este, indicó que sabía que la información del reporte estaba errada, que no hizo la verificación personal de los lotes y aun así envió tal información al empleador, actuando en contra de los postulados de buena fe y en contra de la lealtad exigida en el ejercicio de sus funciones, en el contrato de trabajo, suministrando la información falsa a su empleador que le causa un perjuicio dado que implicaba que pagar a salarios por servicios no prestados por los trabajadores a su cargo y estos hechos, debido al cargo que tenía la demandante, que en ejercicio del mismo tenía la representación del empleador, al tener a su cargo el personal de la finca Pensilvania verdaderamente constituye una falta grave, debido a que el empleador le había delegado funciones en específico que fueron desconocidas por la demandante y cuyo desconocimiento le causó perjuicios a la empresa debido a que al no recibir la información de los datos de las labores realizadas, ni verificar éstas, en la forma exigida por el empleador.
- Lo anterior, obligó al empleador a efectuar el pago de nóminas por valores superiores a lo que realmente tenían derecho los trabajadores, configurándose la falta grave contemplada en la cláusula 6y 7 del código sustantivo de trabajo y del contrato de trabajo y en esa medida no hay lugar a declarar como injusto el despido que sufrió la señora EDITH TATIANA GARCÍA CONTRERAS.
- De igual manera y finalmente en lo que se refiere a la indemnización moratoria por no consignación de cesantías, del año 2016, precisó que no se configuró por parte de la empresa la obligación de consignar las mismas, en la medida en que el contrato de trabajo se dio por finalizado el 21 de enero de 2017 y en esa fecha la obligación del empleador era pagarle directamente las cesantías causadas al empleador y no consignar conforme a los lineamientos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, estas se consignan hasta el 14 de febrero del 2017, fecha posterior a la terminación del contrato.
- Con fundamento en lo anterior declara probada la excepción de inexistencia de la obligación, formulada por PalmaCol S.A. lo cual conlleva a que se le absuelva de las pretensiones de la demanda.

2. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia fue adversa a la parte demandante, se conocerá en Grado Jurisdiccional de Consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T.S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

3. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida, 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. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala, son los siguientes:

- ¿Si en el caso de la Demandante EDITH TATIANA GARCÍA CONTRERAS se constituyó un despido sin justa causa por parte de su empleador la sociedad PALMEROS ALIADOS DE COLOMBIA S.A – “PALMECOL S.A”. o si la demandada acreditó debidamente la existencia de una justa causa para el despido?
- En caso afirmativo deberá examinarse, si la demandante EDITH TATIANA GARCÍA CONTRERAS, tiene derecho a que la sociedad PALMEROS ALIADOS DE COLOMBIA S.A – “PALMECOL S.A”, le reconozca y pague la indemnización por despido Injusto, los salarios, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio y vacaciones, dejados de percibir desde el 21 de enero del 2017, hasta el 30 de noviembre del 2017, la indemnización moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990, la indexación, y los intereses moratorios?.

6. CONSIDERACIONES:

6.1 Hechos del proceso.

La señora EDITH TATIANA GARCÍA CONTRERAS, mediante apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral contra PALMEROS ALIADOS DE COLOMBIA S.A – “PALMECOL S.A”, con el fin de lograr el reconocimiento y pago de los salarios adeudados desde el 21 de enero hasta el 30 de noviembre de 2017, cuando finalizó el contrato de trabajo, las prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria por no consignación de cesantías del numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y despido sin justa causa.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, indicó que La Sociedad PALMEROS ALIADOS DE COLOMBIA S.A – “PALMECOL S.A” la contrató por un término de tres meses como auxiliar de sanidad, desde el día 20 de enero de 2015 y desde el 1° de marzo hasta el 30 de mayo de 2015 como supervisora, prorrogándose sucesivamente dicho contrato cada tres meses.

Agregó, que al finalizar la anterior prorroga, el día 30 de noviembre de 2015, se renovó el contrato como supervisora s a un año, es decir, hasta el 30 de noviembre de 2016, siendo renovado nuevamente por otro año más, hasta el 30 de noviembre de 2017. Como contraprestación a la labor desarrollada recibía como salario la suma de \$966.000 los cuales eran cancelados por cada quincena cumplida.

Señaló, que el día 21 de enero de 2017, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, sin pasar un preaviso y sin tener en cuenta que el contrato de trabajo finalizaba el 30 de noviembre de 2017; por ello, considera que se le adeuda los salarios causados del 21 de enero al 30 de noviembre de 2017, las prestaciones sociales, vacaciones; y ante el no pago de estas acreencias, solicita se condene al pago de la indemnización moratoria por no consignación de cesantías del numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indexación, e indemnización por despido sin justa causa.

La Sociedad PALEMROS ALIADOS DE COLOMBIA S.A., mediante escrito obrante a folios 56 a 67 del plenario, contesta la demanda reconociendo que contrató a la demandante con quien suscribió dos contratos de trabajo, el primero que inició el día 20 de enero de 2015 por un término de tres meses; y el segundo a término fijo inferior a un año, con fecha de iniciación el día 1° de marzo de 2015 en el cargo de supervisora por el término de tres meses, que se prorrogó por tres periodos de tres meses hasta el 28 de febrero de 2016, y posteriormente fue renovado a un año, del 1° de marzo de 2016 hasta el día 28 de febrero de 2017, cuando se le dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa debido al incumplimiento de la demandante al reglamento interno de trabajo, cancelándole todas las acreencias laborales causadas a la fecha .

Al respecto, la Juez *a quo* indicó que con fundamento en las pruebas obrantes en el expediente no había lugar a declarar como injusto el despido que sufrió la señora EDITH TATIANA GARCÍA CONTRERAS, configurándose la falta grave contemplada en la cláusula 6 y 7 del Código Sustantivo de Trabajo, ni la indemnización moratoria por no consignación de cesantías, del año 2016, no se configuró por parte de la empresa la obligación de consignar las mismas, en la medida en que el contrato de trabajo se dio por finalizado el 21 de enero de 2017 y en esa fecha la obligación del empleador era pagarle directamente las cesantías causadas al trabajador.

6.2 Decisión de fondo de la controversia.

Previo a resolver los problemas jurídicos aquí planteados, debe señalarse que no es objeto de controversia que la señora EDITH TATIANA GARCÍA CONTRERAS, laboró al servicio de la sociedad PALMEROS ALIADOS DE COLOMBIA S.A – “PALMECOL S.A” como supervisora de campo, desde el día 20 de enero de 2015, (fol. 30 a 33) hasta el día 21 de enero del 2017 (fol. 27 a 28), cuando se dio por terminado el contrato de trabajo.

En torno a resolver el primer problema jurídico, se debe recordar que el trabajador que alega la causación 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, en los términos del artículo 167 del C.G.P., el cual dispone que le corresponde a las partes demostrar los supuestos de hecho en que se sustentan sus pretensiones.

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...”, lo cual guarda consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Para resolver el debate, se debe tener en cuenta que el despido con justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, salvo que en el orden interno de la empresa se la haya dado expresamente ese carácter, según posición reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en providencia del 15 de febrero de 2011, Rad. no.39394, ha dicho:

“..la naturaleza del despido no es la de una sanción, por lo que para adoptar una decisión de esta índole el empleador, salvo convenio en contrario, no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario”

Sin embargo, resulta claro que es inalienable la exigencia del derecho al debido proceso del artículo 29 de la Constitución Política, ante la existencia de cualquier procedimiento judicial o administrativo, en razón a la primacía para cualquier decisión del principio de legalidad; por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que *“para el evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.”* (Providencia SL15245-2014. M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ)

De allí que si bien no se le exija al empleador un procedimiento delimitado y concreto para el despido, ello no significa que este no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa; al respecto en la providencia en cita la Sala de Casación Laboral prosigue diciendo lo siguiente:

“(...) de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del derecho de defensa en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral; estas se pueden resumir así:

*a) **la necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior;** deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos.*

*b) **la inmediatez que consiste en que el empleador debe darlo por terminado inmediatamente después de ocurridos los hechos** que motivaron su decisión o de que*

tuvo conocimiento de los mismos; de lo contrario, se entenderá que éstos han sido exculpados, y no los podrá alegar judicialmente;

c) **adicionalmente, que se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo; y**

d) *si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido incorporado en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo;*

e) **La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido** para la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98”.

Y en reciente pronunciamiento, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-2351- 2020, radicación n.º53676 de fecha 8 de julio de 2020, siendo M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR, fija como nuevo criterio para tomar la decisión del despido con justa causa, el siguiente:

“la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9º al 15º del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9º al 15º”.

En atención al nuevo criterio jurisprudencial debemos precisar que en la carta de terminación del contrato de trabajo obrante a folios 27 y 28 del plenario se alegó como hecho imputable a la trabajadora haber engañado a su empleador al reportar información falsa de las labores de dos trabajadores que estaban bajo su coordinación, obteniendo un provecho indebido al aumentar el ingreso en la primera quincena de diciembre del 2016, lo que constituyó a juicio del empleador una violación de los numerales primero y segundo del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo y de las obligaciones del trabajador, al vulnerar lo dispuesto en la cláusula séptima del contrato de trabajo.

Por ende, al no tipificarse la falta endilgada a la trabajadora dentro de las causales contenidas en los numerales 3º, y 9º al 15 del artículo 62 del C.S.T., no se requería el agotamiento de un procedimiento previo por parte del empleador para hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación; y tampoco, se encuentra probado dentro de las pruebas

obrantes en el expediente que en la sociedad demandada existiera un procedimiento disciplinario previamente pactado para que el empleador hiciera uso de las justas causas del artículo 62 del C.S.T.

Sin embargo, a pesar de no ser una exigencia el adelantamiento de un proceso disciplinario, a folios 88 a 105 del plenario, se desprende que para el momento de los hechos, PALMEROS ALIADOS DE COLOMBIA S.A – “PALMECOL S.A”, adelantó diligencia de descargos a la actora.

De acuerdo a lo anterior, se advierte que el empleador cuando considere que existe justa causa, puede unilateralmente y sin indemnización alguna despedir al trabajador, siempre y cuando, le haya comunicado al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior, lo cual debe ser inmediato al evento generador y debe estar relacionado entre las causas taxativamente previstas en el postulado normativo.

Ahora bien, pasa analizar la Sala los elementos probatorios aportados por las partes para establecer si se dio o no la justa causa para el despido de la trabajadora, eso sí teniendo en cuenta la causal esgrimida por el empleador, se tiene.

- ✓ Que el día 14 de enero de 2017 la demandante fue citada a descargos por los hechos que consistieron en reportar información falsa de las labores de dos (2) de sus trabajadores que están bajo su coordinación, que conllevó a que estos obtuvieran un provecho indebido al aumentar el ingreso en la primera quincena de diciembre de 2016; y seguidamente el día 21 de enero de 2017, se dio por terminado el contrato de trabajo, demostrándose con ello, que a la trabajadora de manera inmediata a la ocurrencia de los hechos se le comunicó los motivos y razones por los cuales se dio por terminado el vínculo laboral que fueron los mismos por los que se llamó a descargos.
- ✓ Obran a folio 35 a 39 del expediente, el contrato de trabajo de la demandante en el cargo de supervisora de campo con la obligación de *“ejecutar por sí misma las funciones asignadas y cumplir estrictamente las instrucciones del empleador, cuidar permanentemente los intereses de la empresa, dedicar la jornada de trabajo a cumplir a cabalidad sus funciones, ejecutar su labor en forma legal con el empleador, entre otras”*.
- ✓ A sí mismo, de acuerdo a lo establecido en la cláusula sexta en concordancia con la cláusula séptima el contrato de trabajo, es una justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo la siguiente: *“...primero el incumplimiento de las órdenes relacionadas con las labores en el caso específico, que se tenga personal a cargo que realice labores de campo, se debe verificar fehacientemente todos los días las labores realizadas en cada lote, está se hará de manera aleatoria para comprobar la calidad y la cantidad de labor realizada por el subordinado, debe ser verificada una, una, para reportar a nómina la información y evitar un perjuicio económico a la empresa; segundo, entregar información falsa al empleador que le causa de cualquier tipo de riesgo perjuicio”*.

- ✓ Conforme a lo establecido en el contrato, es claro que la señora EDITH TATIANA GARCÍA CONTRERAS, en su condición de supervisora de campo tenía la obligación de verificar y reportar la cantidad y calidad de labores realizadas por los trabajadores a su cargo, con el fin de remitirle tal información de forma exacta a nómina y su incumplimiento está tipificado en el contrato de trabajo como una falta grave que constituye una justa causa de despido.
- ✓ Obra acta de diligencia de descargos de fecha 14 de enero de 2017, a folios 103 a 105 del plenario, por los hechos derivados de reportar información falsa de las labores de dos trabajadores, que estaban bajo su coordinación, que implicó que estos tuvieran un provecho indebido al aumentar el ingreso de la primera quincena de diciembre del 2016, al respecto la demandante indicó: que los hechos ocurrieron la primera quincena de diciembre, que cuando entregó la finca no tuvo oportunidad de entrega de labores, el traslado fue sin previo aviso, sin notificación y no la dejaron entregar ningún informe.

Agregó, que según la verificación que hizo y las palmas que recorrió de un lote a otro son realmente 290 palmas y no 463 palmas cómo aparece en la citación y aclaró que lo que haya sucedido después del día 15 no se hacía responsable; cuando se le preguntó si el día 15 habló de esos reportes con el coordinador de la plantación, indicó que en esa fecha se abarcaron temas muy amplios, se hizo entrega de inventarios y se le olvidó contar porque el tiempo no fue suficiente para hacer la entrega de una finca de 420 hectáreas.

En relación con la recopilación de los datos de las labores, cuando se le preguntó que de acuerdo a la información obtenida por parte de los trabajadores, se constató que no era recogida personalmente por la actora, en su condición de supervisora, sino por la viviente del predio, señaló que como supervisora podía implementar muchas maneras de manejar una finca y que está tenía un cuaderno que era suyo y que usaba la viviente para comparar los datos que colocaban ahí lo que ella verificaba en el lote; en consideración a la respuesta anterior, se le indagó por las razones por las cuales en las verificaciones de los conteos de palma no se percató de 290 palmas que se habían reportado en excedentes, la demandante manifestó al respecto que el objetivo de la primera quincena era cosechar todo lo posible, debido a que una semana estuvieron parados por las máquinas y que por esa razón sólo se dedicó al proceso de corte y las labores de mantenimiento, sólo revisaba calidad, más no cantidad, ya que por el tiempo no alcanzaba, señala que el descuadre comenzó desde el lote 10, que incluso se mandó a mapear con personas expertas y les quedó mal porque tienen demasiadas mogotes y es extenso, por lo tanto le comunicó al coordinador de la plantación para hacer nuevamente el conteo línea y palma.

- ✓ A folio 88 del plenario, se observa un informe de nómina presentado por la señora Alejandra Artunduaga Valero, en su condición de encargada de La Zona Tibú, de La Empresa PalmaCol S.A. en la cual comunica que para realizar el reporte de nómina le solicitó a la auxiliar de nómina el formato que utilizó en la primera quincena de diciembre, presentado por la señora EDITH TATIANA GARCÍA CONTRERAS y que al ingresar la cuadrilla de poda observó que excedían el total de las palmas que había en la información suministrada por lo cual llamó a

la auxiliar de nómina para que ella confirmara en el software el número de palmas del lote 8013 del predio Pensilvania, y le confirman que la cantidad registrada en SIP según mapeo de septiembre para el lote 8013 es 2362, y que las labores reportadas por la cuadrilla de poda da un total de 2.828, lo que quiere decir que hay 466 labores de más reportadas.

- ✓ A folio 89, obra comunicación de fecha 29 de diciembre del 2019, suscrita por la señora Alexandra Valero, encargada de la zona Tibú, en donde le informan a la gerencia que al hacer la verificación en campo sobre la calidad y cantidad de labores realizadas y reportadas, se indicó por parte de los pobladores qué primero: dos de los integrantes de la cuadrilla expresan que la primera quincena de diciembre reportaron a la señora del viviente, más unidades de las que realizaron para cuadrar la quincena y que las descontaban en la segunda quincena, que podían reportar más unidades de las que realizaban porque la supervisora no va a campo y ellos le dicen a la mujer del viviente a la salida cuanto hicieron, ella anota en un cuaderno y ese es el control para hacer el reporte de nómina.
- ✓ A folio 90 del expediente se encuentra una comunicación del señor Nain Noguera Ovallos, dirigida a palmacol el 2 de enero del 2017, en la cual éste da testimonio del hecho de que los trabajadores del área de producción no realizaron labores en poda el día primero de diciembre del año 2016, en el lote 8013 y que según los trabajadores se le fue reportado 266 labores de poda, dicha labor equivale a 1.8 hectáreas y que esta cantidad de área se muestra sencilla de observar para cualquier tipo de persona, que sus compañeros y él, no observaron las mencionadas labores realizadas, sumando que siempre donde se encontraba el corte de la labor de poda al siguiente día se retomaba la labor.
- ✓ Seguidamente, a folio 106 del expediente se encuentra oficio de fecha 16 de enero del año 2017, suscrito por parte de la señora Katherine Gutiérrez quien residía en el predio Pensilvania con su compañero permanente Daniel Fernando Flórez Trujillo, trabajador de la empresa PalmaCol S.A. en la cual informa que desde su llegada a la señora TATIANA GARCÍA CONTRERAS le expresó que la esposa del viviente debía recolectar los datos de las labores de campo de los trabajadores, que ellos ya sabían que debían pasar estos datos todas las tardes al finalizar el jornal, que debían estar pendiente de las entradas y salidas de las herramientas y anotar en un cuaderno para entregárselos posteriormente a ella.
- ✓ De igual forma, a folio 107, una comunicación suscrita por la señora Orfelina Chacón Novoa, en la cual le informa La Empresa PalmaCol S.A. que desde su llegada en octubre 28 hasta el 15 de diciembre del 2016, estuvo anotando en un cuaderno las cantidades de labores que los jornaleros le dictaba, cuando al terminar el horario de trabajo de salida se acercaban a la casa, que éste era una favor que la supervisora TATIANA GARCÍA le solicitaba, en la semana ella le pedía el cuaderno y no sabía qué hacía con él.
- ✓ A folio 108 del plenario, obra una comunicación suscrita por la señora Jennifer Páez en la cual manifiesta que está era pareja del señor Jesús

Alberto Pinedo y que habitaban la casa de la finca Pensilvania de propiedad de PalmaCol S.A. desde julio del 2015, hasta mayo del 2016, cuando a su esposo o marido le salió otro trabajo, indica que durante ese tiempo la señora EDITH TATIANA GARCÍA le pedía que le hiciera el favor de anotarle un cuaderno que dejaba en la casa, la cantidad de labor que cada trabajador al terminar la jornada le dictaba, como también le comentó la tarea de llenar las remisiones de los carros que salían con fruto de la empresa a la planta extractora.

- ✓ Respecto al valor probatorio de los informes anteriores que son provenientes de trabajadores del empleador, debe decirse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia S13229 del 2015, expresó: *“no obstante lo acabado de decir en atención a la función unificadora de la jurisprudencia cargo de esta sala, conviene de traer a colación lo dicho por esta corte en otras sentencias sobre el valor probatorio a los informes allegados por el empleador al plenario, resultando las investigaciones adelantadas internamente para establecer la justa causa. ahora bien, la corte admitió que también el documento que analizo, podía ser considerado como uno declarativa humana o de un tercero, sin embargo con el fin de precisar su criterio sobre el particular, aclara la corte que el hecho de que un documento haya sido elaborado por un trabajador de un empleador, no le resta perse fuerza probatoria para establecer hechos que favorezcan ese empleador, pues en cada caso habrá que analizar si ese trabajador representa o no al empleador, su nivel jerárquico en la empresa, las funciones que cumple, el contenido del documento y las circunstancias en que fue elaborado y otros elementos de juicio que permitan concluir que se trata de un documento elaborado por el empleador que le impida beneficiarse de su contenido, todo ello desde luego con la inspiración en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, que permitan una libre formación del convencimiento sin que sea posible descartar de antemano la fuerza probatoria de ese medio de convicción exclusivamente por su origen”*
- ✓ De acuerdo con el anterior lineamiento jurisprudencial, las documentales antes referenciadas, no pierden su valor probatorio por el hecho de haber sido presentadas como medio de defensa, por parte de La Empresa PalmaCol S.A. en las medidas que las mismas se deben valorar como declaraciones de terceros.
- ✓ De igual forma, se recibieron los testimonios de los señores González Páez, y Edwin Muñoz García, en donde el primero de ellos indicó: que en relación con el despido de la demandante que no tenía mucho conocimiento, afirmó que sólo sabía que la empresa le tenía una persecución a la demandante; preciso que él estaba en la finca laborando para el momento del despido de la actora y no sabía qué pasó, que después escuchó que unos compañeros habían pasado una información de Palmas que no habían realizado; que en enero del 2017, la despidieron cuando ya se encontraba en otra Finca.

Explicó también, que la demandante era supervisora de la finca Pennsylvania, y tenía que estar pendiente del mantenimiento, cosecha, era la jefe inmediata del personal, organizado a las zonas de cada empleado, señaló que para realizar las labores se les ponían a los trabajadores unas metas por toneladas y limpieza de zonas que los trabajadores devengaban

por lo que hiciera, es decir que si la meta era alta, ellos ganaban más, refirió también que el empleado le reporta a la supervisora la cantidad de Palmas para cerrar la nómina y se dieron cuenta que esa cantidad no estaba hecha en el lote y que para ese momento la supervisora era la demandante que ella lo podía verificar mandando a revisar el lote para hacer el conteo, pero que no sabía si lo había hecho, que él se enteró de eso en la tarde cuando ya habían pasado y se lo habían escuchado a sus compañeros Edwin y Jonathan porque ellos fueron los que reportaron.

- ✓ El señor Edwin Muñoz García, trabajador de PalmaCol S.A., señaló: que fue llamado a descargos el 3 de enero del 2017, por la empresa, por un error que cometieron, refirió que era fin de año y era la última quincena por lo que para alcanzar la meta colocaron 200 Palmas que estaban realizando poda sanitaria, que la finalidad era cumplir con la meta y hablaron con Edith y le dijeron que para la otra quincena le descontara Las Matas, ellos le informaron pero ella nunca fue a campo, sólo iba cuando la citan, pero los reportes diarios se los daban a la señora viviente, preciso que la señora Edith Tatiana era la supervisora de cosecha que la orden de ella era que le lleváramos los datos a la viviente, de la cual no recordaba el nombre.
- ✓ También se recepcionó interrogatorio de parte por la demandante que indico: aceptó que en virtud de su cargo como supervisora le correspondía manejar una finca de 400 hectáreas de las cuales tenía sembradas 205 hectáreas de palma, era la jefe inmediata del personal, le correspondía evaluar, verificar las labores realizadas, manejo, contratación de personal, reportes de nómina, cosecha, mantenimiento de inventarios, señaló que anteriormente los descargos le habían realizado un traslado de puesto y le dieron el día para entregarle a la señora Alejandra Artuangua, todo lo inherente al cargo más o menos un lapso de 5 horas para entregar inventarios, tiempo que no consideraba suficiente para un empalme, que después la llamaron para los descargos por unas palmas que habían salido de más en la nómina, de lo cual está había notificado verbalmente al coordinador Nixon Realpe, que tenía un testigo que lo respaldaba, pero no contaba con su testimonio, debido a que éste se había negado, según lo manifestado por la actora a declarar.

Señaló igualmente que la orden de la empresa es realizar las verificaciones diariamente y durante esos días no puedo hacer las mismas porque la enviaban a hacer otras labores y le da prioridad a la cosecha, que incluso el ingeniero sabía que no le alcanzaba el tiempo. Preciso que el personal que estaba a su cargo era el que realizaba el corte de fruto, poda, guadaña, fertilización, recolección y que estos debían rendirle a ella directamente en el reporte de trabajo y que en algunas ocasiones cuando está no se encontraba presente en la finca, se lo entregaban a la señora viviente, ella lo recibía inmediatamente y después lo verificaba. Manifestó que la viviente es la esposa de la persona que cuida la finca, pero no es la empleada de PalmaCol S.A. y que el señor Johan Urina Barrios, era trabajador de la empresa PalmaCol S.A. y fue llamado a descargó por reportar más palmas en la nómina. Indicó que la obligación de recibir el reporte de trabajo de los cortadores era exclusivamente de ella, quien debía entregar directamente la información y no una obligación de la viviente. Que en ese momento no estaba presente en la finca y no podía

recibir la información a los trabajadores y fue esa la razón por la cual el viviente recibo está.

En el interrogatorio de parte, igualmente aceptó que dentro de sus funciones le correspondía verificar la cantidad y calidad de la labor de los trabajadores que está la realizaba cada 2 o 3 días y una vez verificado lo anterior, semanalmente se hacía un reporte de nómina que se le entregaba al empleador, en relación con ese lote le solicitó previamente a enviar el reporte de nómina al coordinador que se revisará y se verificará, pero éste no envió el personal, que ella realizó el reporte de nómina y sabía que el lote estaba mal contado, pero el día antes había llamado a la persona que iba a ser el multipunto, pero éste le contestó que no lo habían realizado porque no se autorizó por parte del coordinador, que por esa circunstancia se envió la información a nómina, estando errado, de lo cual aceptó tener conocimiento y que no se lo comunicó a la persona encargada de nómina, aceptó igualmente que no realizó el proceso de verificación de los lotes de palma, debido a que personalmente no le alcanzó el tiempo para hacerlo, además aceptó que no tenía la potestad de delegar esa función a la viviente de la finca.

- ✓ Al respecto, debe decirse que se dan los presupuestos establecidos en el artículo 191 del Código General del Proceso, para qué operé la confesión, en la medida que la señora EDITH TATIANA GARCÍA CONTRERAS tenía capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulta confesado, además versa sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante y que favorecen a PalmaCol S.A debido a que aceptó tener conocimiento que en el momento en que realizó el reporte de nómina de los cortes realizados por los trabajadores, el mismo se encontraba errado y que no realizó personalmente la verificación del mismo, conforme lo estipula las obligaciones contenidas en su contrato de trabajo.

Además, que pese a tener conocimiento de ello, envió la información errada sin hacerle ninguna prevención a su empleador, y de igual manera aceptó que no tenía la potestad de delegar la función de recepción de la información de corte a la viviente de la finca, que no era una trabajadora de la empresa PalmaCol S.A. y pese a ello, esta era quién algunas ocasiones la recibía por disposición de la demandante, y de estos hechos, no exige la ley un medio probatorio en específico solemne y por lo tanto pueden ser objeto de confesión.

De igual manera, las expresiones realizadas por la demandante, en el interrogatorio de parte fueron expresas conscientes y libres, y versan sobre hechos que se relacionan con el cumplimiento de sus obligaciones en el cargo de supervisora, lo cual resulta coherente con las documentales referenciadas, en la medida en que las esposas de los vivientes que laboraron allí, hicieron referencia a que la señora TATIANA GARCÍA CONTRERAS, les delegaba la función de recibir los reportes de los cortes de los trabajadores, cuando ésta era una obligación inherente a su contrato que no podía ser delegada.

De igual forma, la declaración de la demandante coincide con las demás pruebas obrantes en el proceso, especialmente con los informes rendidos por los trabajadores de la sociedad demandada en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, por ende dan plena certeza respecto a que la actora incumplió las obligaciones que en específico se estipularon en su contrato de trabajo, puntualmente en la cláusula

séptima, relacionada con que tenía que verificar que el personal a cargo realizará sus labores todos los días y debía comprobar la calidad y cantidad de la labor realizada por el subordinado debiendo ser verificada una, a una, para reportar la nómina, indicando dicha estipulación contractual que la información debía ser exacta para evitar un perjuicio económico a la empresa.

Obligaciones estas que fueron incumplidas por parte de la demandante, quien en el interrogatorio de parte admitió no cumplir con esa labor de verificación que le correspondía y que delegó tal función a la viviente de la finca que no era una trabajadora directa de ésta, a pesar de no contar con la potestad delegación, constituyen un claro incumplimiento de las obligaciones que le competían como trabajadora y que verdaderamente le causaron un perjuicio de la empresa, pues además de no demostrar que hizo la supuesto reporte al coordinador, inicialmente la obligación de verificación en le correspondía está y no fue cumplida en los términos señalados por el contrato.

Además de lo anterior no aportó ningún medio probatorio que respaldará la versión sobre la información suministrada al coordinador y la solicitud de realizar el conteo de las palmas previamente a realizar el reporte de nómina, de igual manera teniendo conocimiento la demandante del hecho de que el reporte de nómina estaba incorrecta por contener unas labores que no fueron realizadas efectivamente por los trabajadores y remitir esa información al empleador, para efectos del cálculo de la nómina respectiva, sin hacerle ninguna prevención sobre tal circunstancia, constituya una entrega de información falsa que le causaba perjuicios a la empresa, debido a qué obligó al empleador a pagar salarios sobre servicios que no fueron efectivamente prestados.

En consecuencia, como se observa, a través de los documentos y testigos aportados en el curso del proceso se constituyeron suficientes pruebas para acreditar la existencia de una causa justa de terminación unilateral del contrato, y por tal motivo, asistió la razón a la jueza de primera instancia al exponer que no se materializó un despido injusto ni injustificado, por ende se confirmará la Sentencia de fecha 23 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, pero por las razones anteriormente expuestas.

Sin costas en esta instancia al conocer en grado jurisdiccional de consulta

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:

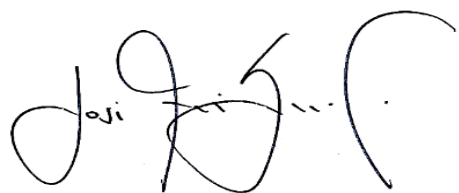
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada de fecha la sentencia del 23 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta,

SEGUNDO: SIN COSTAS de segunda instancia al conocer en grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 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: 54-001-31-05-004-2018-00021-01

Partida Tribunal: 18453

Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: Margarita Rosa Castro Lizarazo

Demandada (o): Centintegral IPS SAS

Tema: Contrato de Trabajo

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, diecisiete (17) de septiembre 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 Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 21 de Enero de 2019, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2018-00021-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18453 promovido por la señora MARGARITA ROSA CASTRO LIZARAZO en contra del CENTRO DE CERTIFICACIÓN DE APTITUD FÍSICA Y MENTAL- CERTINTEGRAL IPS 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. ANTECEDENTES

La demandante, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de CERTINTEGRAL IPS SAS, pretendiendo que se declare que (i) existieron entre ellos, sendos contratos de trabajo a término fijo, vigentes para los siguientes términos:

- De septiembre 11 de 2011 al 30 de marzo de 2012.
- Del 01 de abril de 2012 al 14 de mayo de 2015.
- Del 15 de mayo de 2015 al 25 de enero de 2016, fecha en que terminó por decisión unilateral de la demandante.

Y que como quiera que ninguna de las partes dio por terminado con la antelación establecida en el artículo 46 del CST, el mismo se prorrogó por el mismo tiempo inicialmente pactado, es decir, hasta el 29 de abril de 2016.

Solicitó que en consecuencia de lo anterior, se condene a la pasiva al pago de las prestaciones sociales, las vacaciones, la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales al momento de finalización de la relación laboral, la sanción de la Ley 50 de 1990, y a las costas del proceso.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folio 9 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que se vinculó a CERTINTEGRAL IPS SAS mediante la celebración de contratos de prestación de servicios en el cargo de psicóloga, con una remuneración del \$1.600.000, vigentes entre las partes en las siguientes fechas:
 - De septiembre 11 de 2011 al 30 de marzo de 2012.
 - Del 01 de abril de 2012 al 14 de mayo de 2015.
 - Del 15 de mayo de 2015 al 25 de enero de 2016, fecha en que presentó su renuncia.
2. Que en la ejecución de dichos contratos, empezaron a concurrir elementos propios de un contrato de trabajo, recibiendo llamados de atención, debía asistir a las actividades programadas por la pasiva.
3. Que el servicio era prestado en las oficinas de la demandada, y desarrollando funciones inherentes a su objeto social.

4. Que la demandada suministraba los medios necesarios para el cumplimiento de funciones.
5. Que si necesitaba ausentarse, debía estar plenamente autorizada por el personal directivo de la entidad demandada.
6. Que nunca le cancelaron prestaciones sociales.

III. NOTIFICACIÓN A LOS DEMANDADOS

Notificada de la admisión de la demanda presentada en su contra, la empresa demandada aceptó como ciertos los hechos 1 y 9 y el resto que no son ciertos. Se opuso totalmente a las pretensiones, manifestando que el centro fue habilitado legalmente para desarrollar su objeto social desde el día 12 de febrero de 2012, no estando además de acuerdo con los extremos temporales de cada contrato, precisados en la demanda; que la demandante nunca suscribió contratos de prestación de servicios por vigencias superiores a un año; que nunca existió relación laboral, ya que se trataba de prestaciones de servicios profesionales por el periodo de 12 meses, siendo la propia contratista quien supervisaría, evaluaría y realizaría observaciones al desarrollo del servicio encomendado.

Como excepciones de fondo propuso las de pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, compensación, prescripción, solicitud de cambio de jurisdicción.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 21 de enero de 2019, resolvió negar las pretensiones de la demanda, declarando que existía resolución ínsita sobre las excepciones de mérito propuestas por la pasiva.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que se probó que entre las partes en Litis no existió un contrato de trabajo realidad, el cual se caracteriza por el elemento subordinación en todo momento y lugar; que en el caso en estudio se contrataba el servicio que se comprometía a realizar la contratista, ya fuera por ella o por otra persona, a la cual ella misma subcontractaba, lo

que desvirtúa la subordinación, ya que había plena autonomía en el actuar de la contratista.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Al encontrarse en desacuerdo con la anterior sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación en su contra, alegando que dentro del plenario está demostrada la subordinación que se alega desde el inicio de la demanda; que al mirar los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, los cuales obran a folios 4, 5 y 6 del expediente aportados por la parte demandante y del folio 32 al 43 aportados por la parte demandada, se puede establecer que desde la misma suscripción del contrato aparece la subordinación; que en los textos de cada contrato se le impone a ella la obligación de llegar a las 8:00 a.m. de lunes a sábado; que igualmente se le impone cumplir unas metas de pacientes que tiene que atender que son 60 pacientes diarios, y con ese simple hecho ya está enmarcada la subordinación reclamada; que no se dice en el texto del contrato que la labor pueda ser prestada o tenga que ser prestada dentro del horario de atención al público que tiene la empresa para ello, sino que establece cuál es la hora de llegada.

Precisó que se pudo demostrar también que los implementos que utilizaba para la prestación del servicio eran suministrados por la parte demandada; que atendía pacientes que iban a solicitar los servicios del Centro De Certificación De Aptitud Física Y Mental Certintegral, por lo tanto, se dan los presupuestos para conceder las pretensiones de la demanda.

En cuanto a la declaración del señor Javier Hoyos Cardona, indicó que él fue muy claro en decir que cuando una persona iba a llevar reemplazo tenía que estar autorizada por la parte demandante y si bien es cierto no había una persona formalmente encargada de tomar decisiones y la que tomaba decisiones era la testigo Stephanie, quien se retractó de algo que ella misma había certificado en una constancia, manifestando que en otras ocasiones también expidió otras constancias, constancia que no fue tachado por la demandada.

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 la parte demandante que la presencia de la subordinación en la relación entre las partes es clara, pues como indica el mismo contrato, debe cumplir 100 horas laborales dentro de la entidad y prestando servicios exclusivos para la entidad demandada, en el horario de atención al público que dispuso la demandada y con los pacientes o usuarios que asigna la misma entidad demandada, es decir el lugar de trabajo sí o sí era en las instalaciones de CERTINTEGRAL IPS SAS y las personas que se valoraban eran direccionadas solamente por la demandada CERTINTEGRAL IPS SAS.

Queen otro de los elementos materiales probatorios que fueron radicados por las partes en la oportunidad procesal prevista, como lo es la demanda y la contestación, nos encontramos con el contrato No 2 del 01 de febrero de 2013 al 31 de enero de 2014, suscrito por las partes la cláusula primera la cual reza expresamente.

PRIMERA. OBJETO El contratista en su calidad de SICOLOGA, de manera independiente, sin que exista subordinación laboral alguna, se obliga para con el CONTRATANTE a prestar sus servicios como profesional, en forma competente, realizando los exámenes a los pacientes, en un número no inferior a sesenta pacientes, diarios, de lunes a sábado y atender los tramites que conlleve la certificación de particulares sobre la capacidad médica, física y mental requisito indispensable para la obtención, refrendación y/o renovación de la licencia de conducción de conformidad con la legislación legal correspondiente

Que se puede observar que la independencia predicada por la demandada no existe, pues subordina a la demandante al cumplimiento de funciones exclusivamente dentro de las instalaciones de CERTINTEGRAL IPS SAS

cumpliendo con un número mínimo de pacientes atendidos, de lo que se puede extraer la prestación personal del servicio y la subordinación.

Que lo anterior es susceptible de confesión de parte pues en la contestación de la demanda, al dar respuesta al hecho No 6 párrafo tercero en donde expresa la apoderada de la demandada

La demandante fue contratada por la demandada mediante contrato de prestación de servicios, y en ejercicio de una profesión liberal la psicología presto su servicio emitiendo conceptos y evaluaciones para certificar la aptitud física y mental y de coordinación motriz de aproximadamente 60 personas que a diario se presentan al CENTRO DE CERTIFICACION DE APTITUD FISICA Y MENTAL "CENTINTEGRAL IPS S.A.S", estas personas todos con la aspiración de obtener, recategorización o renovar su licencia de conducción.

Precisó que otro elemento material probatorio que no fue tachado por la demandada, es la certificación laboral emitida el 11 de febrero de 2016, la cual reza claramente que la demandante trabajo para la demandada desde el 11 de septiembre de 2011 con medio tiempo por valor de \$800.000 OCHOCIENTOS MIL PESOS MTCE hasta el 01 de abril de 2012 con un salario de \$1.600.000 UN MILLON SEISCIENTOS MIL PESOS MTCE por tiempo completo, el cual se mantuvo hasta el 15 de mayo del 2015 donde comenzó con medio tiempo como profesional certificador.

Que teniendo en cuenta lo anterior y los elementos probatorios, no existe duda alguna que la demandante prestó personalmente sus servicios profesionales bajo la primacía de la realidad bajo un contrato laboral, pues son los contratos de trabajo y las certificaciones laborales las que establecen que efectivamente la demandante prestaba personalmente sus servicios como psicóloga para la demandada, que los servicios prestados se realizaban en las instalaciones de CERTINTEGRAL IPS SAS y que además debía atender un número mínimo de pacientes en los horarios establecidos por la IPS demandada para la prestación del servicio, además que como se indica claramente en la certificación fechada al 11 de febrero de 2016, la demandante trabajo primeramente a tiempo completo y luego a medio tiempo, es decir, cumpliendo un horario para la demandada.

2. PARTE DEMANDADA

Solicitó la parte que la sentencia proferida por el A quo sea confirmada; precisó que la única razón por la cual se ejecutaron los servicios por parte de la demandante en un horario previo, es por la cita otorgada a las personas a quienes debía evaluar, -para emitir su concepto profesional-, y que concurrían a las oficinas del CENTRO DE CERTIFICACION DE APTITUD FISICA Y MENTAL "CERTINTEGRAL", para tal gestión.

Que la doctora MARGARITA ROSA CASTRO administraba libremente su tiempo para desarrollar la labor contratada; que nunca comenzó a una hora fija a evaluar pacientes así como también, cuando a su criterio lo consideró pertinente o necesario, delegó en otros profesionales la labor contratada, como prueba de este HECHO, aportaron en disco compacto (CD) (Prueba N°9) y parcial físico por su tamaño, un informe (Prueba N°10) emanado de **Olimpia Management** que es la única entidad con función pública homologada (Prueba N°11) por la Superintendencia de Puertos y Transporte para realizar la inspección, vigilancia y control de las actividades propias de CERTINTEGRAL y demás Centros de Reconocimiento de Conductores (CRC) que operan a nivel nacional **donde se registra en tiempo real el inicio de la operación de cada profesional**, en el cual se puede evidenciar que no existe un horario que la demandante haya cumplido pues del informe se refiere, por cada paciente evaluado y certificado, la hora de inicio de labor y la asistencia diaria del profesional a desarrollar la labor contratada.

Que en el presente caso, la parte demandante no demostró la prestación personal del servicio de manera ininterrumpida durante el tiempo en que fue contratista de la empresa hoy demandada.

Que es así como tenemos que el que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o

dependencia del trabajador respecto del empleador», tal y como sucedió en el presente proceso.

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.

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 existió un contrato de trabajo entre la señora Margarita Rosa Castro Lizarazo y Certintegral, IPS SAS, y por tanto tiene derecho aquella a percibir los derechos laborales solicitados 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 N° 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 inexecutable 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.

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 la operaria.

En este orden de ideas, acreditado conforme a la documental allegada y a lo dicho en conjunto por las partes, se tiene que la señora MARGARITA ROSA CASTRO LIZARAZO prestó sus servicios para la demandada como psicóloga, realizando la evaluación en dicho campo, de los usuarios que aspiran a obtener una licencia de conducción y posteriormente certificar su actitud para conducir, por lo que le corresponde a la Sala recurrir a las probanzas traídas a los autos con el fin de establecer si en el sub-examine la pasiva logra desvirtuar la presunción de que trata el artículo 24 del CST, demostrando el carácter autónomo e independiente en la actividad desarrollada por la demandante.

Revisando entonces el expediente, se observa que fueron aportados por la parte demandante los siguientes documentos:

- A folio 4 allegó el contrato de prestación de servicios suscrito con la demandada el día 01 de febrero de 2013, con una duración de 12 meses, y con un valor total de \$18.000.000.
- A folio 7 se observa la carta de renuncia enviada por la demandante a la pasiva, el día 25 de enero de 2016.
- A folio 8 se encuentra una certificación expedida por la señora María Stteffania Orozco Gómez, como administradora de Certintegral, en la cual se indica u la Dra. Margarita Rosa Castro Lizarazo “desempeño (sic) el cargo de Psicóloga, mediante contrato de prestación de servicios desde 11 de septiembre de 2011 con medio tiempo por un valor de \$800.000 OCHOCIENTOS MIL PESOS MCTE, hasta el 01 de Abril de 2012 con un salario de \$1.600.000 UN MILLÓN SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE por tiempo completo. El cual se mantuvo hasta el 15 de mayo de 2015 donde comenzó con medio tiempo como profesional certificador por el valor de OCHOCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$800.000)”.

La parte demandada allegó los siguientes documentos:

- A folios 33 a 43 se observan los contratos de prestación de servicios profesionales suscritos entre las partes para el cargo de psicóloga, en las siguientes fechas y duraciones:
 - Del 01 de febrero de 2013, con una duración de 12 meses, hasta el 31 de enero de 2014.
 - Del 01 de febrero de 2014, por 12 meses, hasta el 31 de enero de 2015.
 - Del 01 de febrero de 2015, con una duración de 12 meses, hasta el 31 de enero de 2016.
- A folios 50 a 75 se allegan las cuentas de cobro canceladas a la demandante, así como los aportes a seguridad social realizados por esta.
- A folios 159 se encuentran las declaraciones juramentadas de los señores Mariana Mattera Sotomonte, Edwin Cárdenas, Hugo Rafael Vergara, Stteffanía Orozco Gómez.

En su interrogatorio de parte, la demandante **MARGARITA ROSA CASTRO LIZARAZO** aceptó que dentro del contrato de prestación de servicios profesionales que suscribió con la hoy demandada, su obligación, en ejercicio de su profesión liberal, fue inicialmente la evaluación psicológica de los usuarios que aspiran a obtener una licencia de conducción y posteriormente certificar su actitud para conducir; que todos los días iniciaba sus labores a las 7:30 u 8:00 am, dependiendo del número de clientes que hubiera en un determinado día, trabajando siempre los sábados, y se intercambiaba los turnos con un colega, yendo un sábado sí y uno no; que los días en que no podía asistir, ella subcontractaba y le pagaba a alguien para que atendiera a los clientes.

Por su parte, el señor **JAIME ORLANDO SALAZAR CHÁVEZ**, actuando como representante legal de Certintegral, manifestó, con respecto al procedimiento que se realiza para la certificación de los conductores, que con base los mandatos legales, el paciente llega al centro, hace la solicitud de certificación y de acuerdo a los profesionales que estén o los que estén por

llegar, la Coordinadora se encarga de dirigirlos hacia alguno de los consultorios; que cuando entra al área de psicología, si es la contratista o la persona a quien ella haya delegado la actividad, inicia el procedimiento a través de un sistema de control y vigilancia que impuso la Superintendencia de Puertos y transportes para vigilarlos, con la huella digital abre la plataforma al momento de entrar al centro, registra con la huella digital del paciente el ingreso y la apertura de la prueba, realiza la prueba, hace la salida de la prueba con la huella digital del paciente y finalmente cierra la prueba con la huella digital de ella.

Con relación a la manera cómo ejercía sus labores la demandante, indicó que ella podía a su criterio y voluntad, escoger si lo hacía personalmente o se lo delegaba a otras personas; que ella podía escoger el horario en el que lo hacía, si había mucha gente a veces iba por la mañana y por la tarde, si no había mucha gente a veces iba por la tarde; que dentro del expediente obra unos documentos donde está relacionado el sistema de control y vigilancia desde el mes de agosto de 2014 hasta la fecha que se retiró la demandante; que en ese informe se puede ver que por ejemplo el día 11 de agosto la demandante llegó o ingresó, abrió la plataforma a las 9:29 de la mañana, realizó su última valoración a las 17:31, el día 12 de agosto de 2014 abrió a las 8: 26 y cerró a las 3:58; que del día 13 al día 19 no asistió y volvió hasta el día 19 haciendo apertura del sistema a las 9:18 y cerrando a las 4:59; que como esos, tiene muchos ejemplos en los que se muestra que la demandante faltó a más de 100 días de evaluación personalmente, actuando 332 de los 432 día totales, subcontratando los días faltantes, a personas que cumplían con los requisitos que establece el marco legal; que era la demandante quien escogía a sus reemplazos, únicamente mostrándole a la demandada que eran profesionales en psicología registrados en el colegio respectivo, y que para su ingreso en el sistema, debía informar de dichos reemplazos con un tiempo prudencial.

La señora **MARÍA ESTEFANÍA OROZCO GÓMEZ**, testigo solicitado por la parte demandante, manifestó que presta sus servicios en Centro Médico, como técnica en básico secretarial desde abril de 2012; que dicha prestación se da según la demanda que se presenta en el centro médico, es decir, dependiendo de la cantidad de personas que vayan yendo, se va atendiendo; que se encarga de coordinar toda la parte operacional del centro médico, que

los computadores funcionen y la parte logística, todo lo que tenga que ver con los clientes, que se sienten, que tomen su turno, que estén en la planilla, todo el proceso, que los equipos estén funcionando correctamente; que si alguno necesitaba retirarse, debían informarlo y dejar a alguna persona que ejerciera sus funciones; que en el centro se hacen varias evaluaciones de Optometría, fonoaudiología, psicología y medicina general.

Con respecto a la certificación emitida a favor de la demandada, indicó que ratifica lo manifestado en su declaración extrajuicio, en el sentido de reconocer que el día 11 de febrero de 2016 expidió una certificación a favor de la doctora Margarita sin que su contenido se ajustara a la realidad y sin estar autorizada para hacerlo; que el mismo lo hizo a manera de confianza, a petición de ella y como resultado de la amistad que las unía, ya que la referida certificación iba a ser utilizada como apoyo para mejorar su hoja de vida, que al parecer era un requerimiento para ingresar a la Universidad en la ciudad de Bogotá; manifestó que varias personas le solicitaron certificaciones sin saber exactamente cuántas.

Precisó que el señor Jaime Orlando Salazar Chaves es el representante legal, sin que él se encontrara presente todo el tiempo en las instalaciones de la empresa; que cuando él no estaba, ella lo llamaba para consultarle la toma de alguna decisión.

De lo anterior, es posible afirmar que en el sub-examine, conforme a la manera en que se ejecutó la actividad por parte de la señora MARGARITA ROSA CASTRO LIZARAZO como psicóloga, realizando la evaluación en dicho campo, de los usuarios que aspiran a obtener una licencia de conducción y posteriormente certificar su actitud para conducir, se concluye que la demandada logró desvirtuar la existencia del elemento subordinación en dicha relación, ya que, como lo acepta la demandante en su interrogatorio de parte, ella tenía la facultad de designar otras personas para que realizaran sus funciones, en caso de no poder asistir a las instalaciones de la empresa, **cancelándoles ella misma la retribución por dichos servicios, y sin que la pasiva tuviera injerencia en la escogencia de dicho personal**, lo cual desvirtúa cualquier clase de dependencia en la actividad realizada por la contratista a favor de la aquí demandada.

Además de lo anterior, si bien la demandante alega que debía cumplir un horario, llegando a las 7:30 am u 8:00 am, imponiéndosele la obligación de realizar exámenes a 60 pacientes diarios, es claro que esto no necesariamente configura por sí mismo, la existencia de una relación subordinada, en la medida que es posible determinar que la prestación de un servicio se deba dar a ciertas horas, y bajo ciertos parámetros establecidos por la empresa beneficiaria, con el fin de que las actividades se desarrollen de manera adecuada, sin que por esto se descarte que las mismas se realicen de forma autónoma e independiente; así mismo, a través de los documentos aportados a folios 79 a 146, se evidencia que la demandada iniciaba y finalizaba sus labores en horas diferentes todos los días, **dependiendo de la afluencia de pacientes por atender**, y, como se dijo, si debía ausentarse, le era posible nombrar a otra persona en su reemplazo.

Así mismo, frente al argumento expuesto por la demandante en cuanto debía “cumplir 100 horas laborales dentro de la entidad y prestando servicios exclusivos para la entidad demandada, en el horario de atención al público que dispuso la demandada y con los pacientes o usuarios que asigna la misma entidad demandada, es decir el lugar de trabajo si o si se realizaba en las instalaciones de CERTINTEGRAL IPS SAS y las personas que se valoraban eran direccionadas solamente por la demandada CERTINTEGRAL IPS SAS”, debe aclarar la Sala que en parte alguna de los contratos suscritos por las partes se incluye la obligación de la demandante de prestar un total de 100 horas laborales dentro de la entidad; pero incluso si así fuera, tal como se dijo con anterioridad, es factible que dentro de un contrato de naturaleza civil o comercial se pacten ciertos parámetros que determinen la forma de prestar el servicio, estableciendo un mínimo de requerimientos, sin que se le exija al prestador la manera cómo debe realizar dichas funciones, como ocurre en este caso.

Ahora bien, con respecto a la certificación vista a folio 8 suscrita por la señora María Stteffanía Orozco Gómez, se tiene que esta manifestó haberla realizado en virtud de la amistad existente con la demandante, ya que esta se encontraba en un proceso para ser admitida en una Universidad; igualmente, considera esta Sala que si bien el dicho documento se utilizan los término “salario”, para referirse a la contraprestación recibida por la señora Castro Lizarazo, así como “medio tiempo” o “tiempo completo”, esto no es

determinante para considerar que en aquel se esté certificando de manera alguna la existencia de un contrato de trabajo, máxime cuando se especifica allí que sus actividades las realizaba la demandante, “mediante contrato de prestación de servicios”.

De lo anterior, surge evidente que no es posible acceder a lo pretendido por la parte demandante, en la medida en que la vinculación existente entre las partes, fue regida por un contrato civil de prestación de servicios profesionales de psicología, en el cual la señora CASTRO LIZARAZO ejercía sus funciones de manera independiente, determinando la forma en que desarrollaba las mismas y en qué momentos, sin que se ejerciera sobre ella un poder subordinante por parte de Certintegral, debiéndose entonces CONFIRMAR en este sentido, la sentencia apelada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 21 de enero 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 MARGARITA ROSA CASTRO LIZARAZO y en favor del CENTRO DE CERTIFICACIÓN DE APTITUD FÍSICA Y MENTAL- CERTINTEGRAL IPS SAS, 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.

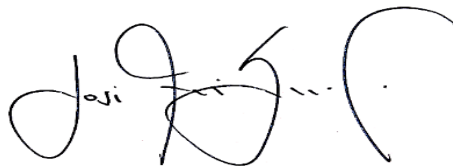
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 21 de enero 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 MARGARITA ROSA CASTRO LIZARAZO y en favor del CENTRO DE CERTIFICACIÓN DE APTITUD FÍSICA Y MENTAL- CERTINTEGRAL IPS SAS, conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura y a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.
Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



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

Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2018-00433-00
RADICADO INTERNO:	18.925
DEMANDANTE:	BELÉN YOLANDA LAGUADO
DEMANDADO:	PORVENIR S.A. y COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por BELÉN YOLANDA LAGUADO contra PORVENIR S.A Y COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2018-00433-00, y Radicación Interna N° 18.925 de este Tribunal Superior, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A., y El Grado Jurisdiccional de consulta de la sentencia del 20 de enero de 2020, 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 resolverá la impugnación presentada por la parte demandada contra la sentencia del 20 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar no probada las excepciones de mérito propuestas por la pasiva, en cuanto a la buena fe de PORVENIR S.A y COLPENSIONES, se declara lo que se presume al tenor del artículo 83 superior, precisando que no fue determinante Colpensiones en el traslado inicial del actor, conforme a lo considerado. Se precisa que la buena fe Colpensiones no es suficiente por sí sola para enervar lo pretendido por la demandante.

SEGUNDO: Se declara no probada la excepción de prescripción y sobre las demás existe decisión ínsita en las consideraciones.

TERCERO: Declarar la ineficacia del acto de traslado del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la pasiva PORVENIR S.A fechado el traslado inicial a PORVENIR S.A el día 27 de noviembre de 2000 .

CUARTO: Condenar al FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS PORVENIR S.A a devolver a Colpensiones S.A y ésta a recibir, el total del monto del recaudo por aportes hechos por la parte demandante y su empleador, e incluso con el reconocimiento de los gastos de administración, desde diciembre de 2000, es decir, devolverá el 100% del total de aportes, con sus respectivos frutos e intereses, aportes adicionales de existir, y Colpensiones a recibir el aporte y traducirlos en semanas cotizadas por el tiempo que aportó la parte demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. Se precisa que el 100% del aporte conlleva el porcentaje por gastos de administración artículo 20 y 60 literal b) Ley 100 de 1993, es decir devolver todo indemne, lo que se ordena a título de indemnización evitando así el perjuicio de la parte demandante en su camino a obtener el reconocimiento pensional, en el régimen de prima media, todo conforme a lo considerado.

QUINTO: Condenar en costas a cargo de la parte demandante y en contra de Porvenir S.A., se absuelve a Colpensiones al no haber sido determinante del traslado, conforme a lo previsto en el artículo 365-1 del C.G.P en concordancia con el Acuerdo PSAA-16-10554 artículo 5º numeral 1º por valor de 4SMLMV, el cual cada uno asciende a \$877.803 Decreto 2360 de 2019”.

SEXTO: Ordenar el grado jurisdiccional de Consulta, así apele Colpensiones, artículo 14 Ley 1149 de 2007.

1.2 Fundamento de la decisión

El juez, fundamentó la decisión de primera instancia en que al valorar las pruebas obrantes al plenario se desprende que la demandante no tuvo la oportunidad de escoger libremente entre el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual con solidaridad, por cuanto no se le brindó la información adecuada de cual régimen era más favorable de acuerdo a su situación pensional.

2.DE LA IMPUGNACIÓN

2.1 PORVENIR

La A.F.P. PORVENIR presenta recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Que para el año 2001 en el cual se efectuó el traslado de la señora demandante, no existía una disposición legal que estableciera cual era la información que los fondos de pensiones deberían dar, luego es muy difícil pasados tantos años, considerarse que esa información fue suficiente o no.
- Que en el formulario de afiliación se dejó constancia que la demandante había recibido un tipo de asesoría o de información, que consistía a grandes rasgos como operaban las pensiones de ahorro individual, como se adquirirá el derecho, en que consistía la devolución de saldos, los excedentes de libre disponibilidad y los testigos manifestaron que no estuvieron presentes al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación, luego estos testimonios no ofrecen al proceso aporte alguno para esclarecer los hechos.

- Que no debe ser objeto de condena que PORVENIR asumir de su propio patrimonio los gastos de administración que en su momento fueron descontados a la demandante, como quiera que ello no fue solicitado con la demanda y mucho menos se incluyó en las consideraciones de la demanda por lo que solicita sea revocada.
- Que el Código General establece que las costas no se fijan en la sentencia sino en auto para poder controvertir la fijación de las mismas, las cuales además considera excesiva atendiendo los criterios establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura para la fijación de agencias en derecho, debe tenerse en cuenta la naturaleza del asunto, la duración del proceso, la dificultad del mismo, así como lo que implique la práctica de pruebas en dichos procesos, y que en el presente caso este tipo de procesos no ameritan un gran desempeño procesal habida cuenta que está suficientemente decantado estos asuntos por la jurisprudencia

2. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia fue adversa a Colpensiones, se conocerá en Grado Jurisdiccional de Consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T.S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

4. ALEGATOS

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

•PARTE DEMANDANTE:

Señaló que comparte la decisión de primera instancia por cuanto la jurisprudencia actual de la Sala de Casación Laboral y de esta Sala de Decisión Laboral imponen la carga de la prueba sobre la demandada en lo que respecta al cumplimiento del deber de brindar adecuada información, estando en este caso demostrada la insuficiencia de asesoramiento para la escogencia por parte de la demandada.

Agregó que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual es válido, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento del deber de información, y así, de tal decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad.

Indicó que la postura que solicita sea aplicada el apelante fue replanteada en decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico y la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP, señalando que el incumplimiento del deber de información, no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que el deber de

información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.

•PARTE DEMANDADA:

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 A RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad o ineficacia del traslado del traslado de la señora BELÉN YOLANDA LAGUADO del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A.?

7. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora BELÉN YOLANDA LAGUADO, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., y si por ende procedía la declaratoria de nulidad y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el juez *a quo* consideró que estaban llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda por cuanto la jurisprudencia actual de la Sala de Casación Laboral y de esta Sala de Decisión Laboral, imponen la carga de la prueba sobre la demandada en lo que respecta al cumplimiento del deber de brindar adecuada información, estando en este caso demostrada la insuficiencia de asesoramiento para la escogencia por parte de la demandada; sin embargo, el apoderado de la A.F.P. PORVENIR interpone el recurso argumentando que la decisión no tuvo en cuenta el formulario de afiliación en el que la demandante acepta que se le brindó la información de traslado de régimen, que se le imputan obligaciones de normativas posteriores al traslado demandado y que se le condena por aspectos que no fueron objeto de controversia en el proceso.

Procede la Sala entonces a abordar el problema jurídico suscitado, para lo cual se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al de ahorro individual por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En virtud de lo anterior, para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, adquiera plena determinación, dicha

actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber y así, de tal decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad. En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa.

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados

Más recientemente, dicha postura que solicita sea aplicada el apelante fue replanteada en decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico y la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación**

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones, no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1° del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad*

objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Prosigue la Corte identificando las normativas de diversa índole que se han proferido desde entonces para garantizar el cumplimiento de este deber a favor de los afiliados, imponiendo 3 puntos fundamentales:

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber *“de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.*

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.*

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”,* de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PORVENIR, ni se trata de una obligación suscitada recientemente pues deriva de normas coetáneas a la Ley 100 de 1993; de esa manera, una vez argumenta la demandante que se omitió información a la hora de trasladarse,

y que la suministrada era errónea y no se ajustaba a la realidad, atendiendo la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliada al entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL desde enero de 1967 y mediante formulario de vinculación o traslado suscrito el 27 de noviembre de 2000 se afilió al FONDO DE PENSIONES HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., la cual se hizo efectiva el 1° de enero de 2001, todo ello según consta en la historia laboral de la actora obrante a folio 98, y en el formulario de afiliación suscrito que materializa el traslado visto a folio 4.

Según se expone en la demanda, la actora el 1° de mayo de 1999 se trasladó a la administradora de pensiones Colpatria, actualmente PORVENIR, sin informar adecuadamente de las implicaciones de estos cambios; situaciones que son rechazadas en la contestación por la demandada, afirmando que del formulario suscrito se desprende el consentimiento de la afiliada, pero sin aportar una prueba que permita establecer cuáles fueron las actuaciones desplegadas al momento de buscar que la voluntad de la actora de trasladarse se materializara.

Fluye entonces del escaso relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si A.F.P. HORIZONTE (Hoy PORVENIR S.A.) brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para noviembre de 2000 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y si bien, los testigos refieren, que le explicaron a la actora las diferentes modalidades pensionales, la información no fue suficiente y completa, por cuanto no se le indicó de manera detallada los riesgos o beneficios que podría generar el traslado, y tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

De acuerdo con lo explicado, en su momento Porvenir S.A., no demostró haber actuado cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, para establecer si fue estudiada la situación pensional particular de la activa y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la demandante hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, traducido en un engaño por la *"Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional"*, que la indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala

el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual.

En casos como el presente, el Tribunal de Cierre ha agregado que no se hace necesario probar una lesión o perjuicio a la accionante por la insuficiencia de la información, que impida el acceso al derecho pensional, toda vez, que en la previamente citada sentencia SL1452 de 2019 la Sala de Casación Laboral estableció que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* de manera que *“sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse”* es la violación del deber de información la que constituye la invalidez del acto jurídico de traslado.

Finalmente, sobre la prescripción, al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su integro reconocimiento. Por lo tanto, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en los fondos privados por cambio de régimen pensional no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada.

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye por ejemplo en providencia SL361 de 2019 que *“la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada”*; y más recientemente en providencia SL1688 de 2019 ha reiterado que **la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible**.

Es así como, concluido que PORVENIR S.A. incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de noviembre de 2000 y que esta situación es declarable en cualquier tiempo al no ser susceptible del fenómeno de prescripción, habrán de imponerse entonces las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración que incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *“...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...”, por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. deberá devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, tal y como ordenó el A Quo, sin que haya lugar a las adiciones solicitadas por el representante del Ministerio Público pues la sentencia de primera instancia es lo suficientemente clara al enunciar que en virtud de la nulidad declarada se deben devolver “todos los valores que hubiere recibido en virtud de la afiliación”*.

Ahora, en cuanto a que no puede ordenarse a PORVENIR efectuar el traslado a COLPENSIONES de los descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, así como los gastos de administración al considerar el recurrente que no fue objeto de controversia, debe manifestar esta Sala que la HCSJ en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, se pronunció de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En este mismo sentido, la mencionada Corporación en su sentencia Rad. 31989 del 8 de septiembre, señaló:

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de los gastos de administración así como de los

descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la Ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, de haberse realizado los mismos.

Así mismo, en lo que respeta a las costas procesales, materia de inconformidad por Porvenir, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cuál es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto fueron vencidas COLPENSIONES y PORVENIR, a cargo de cada una de estas deberá imponerse las costas; así mismo, en lo referente al monto es necesario agregar que no es esta la oportunidad procesal para pronunciarse al respecto, dado que el numeral 5° del artículo 366 señala que *“la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*.

Conforme a lo anterior, la Sala confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia proferida el 20 de enero de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta y al no prosperar el recurso de apelación propuesto se condenará a la demandada PORVENIR en costas de segunda instancia, fijando como agencias en derecho a favor de la parte actora el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de PORVENIR.

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:

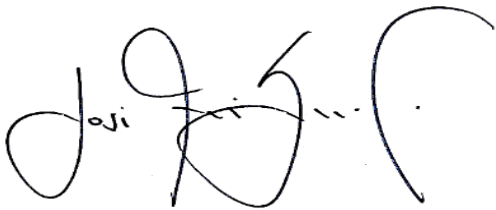
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la demandada PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho, a favor de BELÉN YOLANDA LAGUADO, el equivalente a 1 salario mínimo mensual legal vigente a cargo de PORVENIR.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



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

Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-405-31-03-001-2018-00038-00
RADICADO INTERNO:	18.700
DEMANDANTE:	MÓNICA ESTHER PÉREZ FERNÁNDEZ
DEMANDADO:	COMERCIALIZADORA ANFA LTDA. Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NELSON BAEZ como sucesor procesal de MÓNICA ESTHER PÉREZ FERNÁNDEZ (q.e.p.d.) contra COMERCIALIZADORA ANFA LTDA., HERNANDO MORENO BADILLO y EDWIN ANDRÉS MORENO ALBA, Radicado bajo el No. 54-405-31-03-003-2018-00038-00, y Radicación Interna N° 18.700 de este Tribunal Superior, a conocer en Grado Jurisdiccional de Consulta la sentencia del 18 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora MÓNICA ESTHER PÉREZ FERNÁNDEZ, mediante apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral contra COMERCIALIZADORA ANFA LTDA. y sus propietarios HERNANDO MORENO BADILLO y EDWIN ANDRÉS MORENO ALBA, para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 26 de enero de 2015 y el 27 de marzo de 2016, con un salario mínimo mensual legal vigente; para que se reconocieran conceptos adeudados por auxilio de transporte, cesantías, intereses a cesantías, prima de servicios, caja de compensación, dotación, aportes a pensión, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria por no pago de prestaciones y no consignación de cesantías y perjuicios morales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, expresa que ingresó al servicio del demandado el 26 de enero de 2015 para ser Secretaria Auxiliar Contable del parqueadero ubicado en la carrera 7 No. 10-40 del Barrio Lomitas de Villa del Rosario, cumpliendo las instrucciones del empleador quien sostiene la concesión del servicio de parqueaderos inmovilizados del Municipio de Villa

del Rosario desde 2011; que se le cancelaba el salario mínimo, pero no se le reconocieron las prestaciones laborales correspondientes y fue despedida sin justa causa el 27 de marzo de 2016.

Dentro de la oportunidad legal, la COMERCIALIZADORA ANFA LTDA. contestó a la demanda y se opuso a las pretensiones, por cuanto no se dieron los presupuestos legales para tipificar un contrato laboral, contestando a los hechos que deben ser probados y propone como excepción la INEXISTENCIA DEL CONTRATO LABORAL.

Los demandados HERNANDO MORENO BADILLO y EDWIN ANDRÉS MORENO ALBA fueron emplazados y se les designó curador ad litem, quien contestó oportunamente la demanda oponiéndose a las pretensiones por no constar prueba de los hechos y propuso como excepciones la INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, MALA FE DE LA DEMANDANTE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En sentencia del 18 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios, se resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la relación laboral propuesta por la demandada y no acceder a las pretensiones de la parte actora, sin condenar en costas.

2.2. Fundamento de la Decisión.

La jueza, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Que conforme al artículo 22 y 23 del C.S.T. se establecen los requisitos para la declaración del contrato de trabajo: prestación personal, subordinación y remuneración; los cuales una vez suscitados no puede desconocerse la existencia del contrato pese a que las partes lo designen de otra forma.

- Que el principio de la primacía de la realidad consiste en establecer la realidad de los hechos en que se suscitaron las situaciones entre trabajador y patrono, para desvirtuar las formas jurídicas con que se pretenda encubrir el contrato de trabajo.

- Que en el presente trámite procesal no se arrojaron pruebas que permitan establecer la existencia de un contrato de trabajo como se solicita en la demanda, limitándose la documental a unos documentos que no cumplen con los presupuestos del artículo 244 del C.G.P. para conferir autenticidad, por lo cual no se accederá a las pretensiones y se declara probada la excepción de inexistencia de la relación laboral.

3. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La parte demandante no presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, por lo que, al ser la decisión desfavorable trabajador, le corresponde a esta Sala, decidir el Grado Jurisdiccional de

Consulta, consagrado en el artículo 69 del C.P.T.S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida, 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 de la jueza de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala, son los siguientes:

¿Se encuentra debidamente acreditada la existencia del contrato de trabajo entre la señora MÓNICA ESTHER PÉREZ FERNÁNDEZ y los demandados COMERCIALIZADORA ANFA LTDA., HERNANDO MORENO BADILLO y EDWIN ANDRÉS MORENO ALBA para imponer las condenas prestacionales e indemnizatorias solicitadas?

7. CONSIDERACIONES:

Se procede a determinar si entre la demandante MÓNICA ESTHER PÉREZ FERNÁNDEZ y los demandados COMERCIALIZADORA ANFA LTDA., HERNANDO MORENO BADILLO y EDWIN ANDRÉS MORENO ALBA, existió un contrato de trabajo entre el 26 de enero de 2015 y el 27 de marzo de 2016, y si en su condición de empleadores surge la obligación de reconocer los derechos prestacionales reclamados y los derivados de una terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.

En términos del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo, contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; ante ello, acorde al artículo 23, para que se predique su existencia debe existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T., subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, enseña que *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, pues una vez reunidos los tres elementos anterior referidos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, no obstante esta presunción admite prueba en contrario.

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es de cargo del empleador desvirtuar la presunción. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes oportunidades, entre estas en la sentencia de 13 de diciembre de 1996, donde precisa que el artículo 24 no consagra un derecho sino una regla de juicio que afecta la carga de la prueba en el proceso laboral, esto es, se trata de una instrucción a los jueces laborales, relevando al trabajador de acreditar el elemento de la subordinación pues este se presume y toda prestación de una actividad personal a favor de otra persona, natural o jurídica, debe entenderse en principio como laboral a menos que el empleador desvirtúe que hubo dependencia.

De lo anterior, se extrae que probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume y compete ejercer plena actividad probatoria a la parte demandada que excepciona la inexistencia del contrato de trabajo; complementando esta teoría, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-20683 de 6 de diciembre de 2017, radicación No. 56.313, 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, reitera lo ya expuesto y concreta que quien se abroga la calidad de trabajador debe demostrar al menos dos aspectos: la prestación personal del servicio y los extremos temporales en que afirma haberlo desarrollado, con los elementos de juicio suficientes para convencer al Juez y al tiempo permitir que el demandado tenga información suficiente para ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción, siendo a partir de estas reglas que el juez debe aplicar las respectivas consecuencias jurídicas a la parte que omita su deber procesal.

De otro campo, 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”*.

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo también 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...”*, lo cual guarda consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Por lo anterior encuentra la Sala que para que exista la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., la actora debió acreditar la prestación personal del servicio, para de esa forma trasladar a la demandada la carga de la prueba de demostrar que no existió subordinación y con el fin de resolver el problema jurídico antes expuesto, la Sala observa que dentro del expediente obran como pruebas las siguientes:

- Certificado de existencia y representación legal de COMERCIALIZADORA ANFA LTDA. expedido por la Cámara de Comercio de Cúcuta (Fol. 2-4).
- Resolución No. 588 del 9 de diciembre de 2011 de la Alcaldía Municipal de Villa del Rosario, adjudicando licitación pública de concesión del servicio de parqueadero de vehículos inmovilizados por infracciones de tránsito y transporte a COMERCIALIZADORA ANFA LTDA y el respectivo contrato de concesión. (Fol. 5-7)
- Citaciones a conciliación extrajudicial ante Ministerio del Trabajo del 6, 11 y 18 de julio de 2016, con constancia de inasistencia de la convocada. (Fol. 8-11).
- Comprobantes de egreso quincenales con encabezado de COMERCIALIZADORA ANFA LTDA. que van de febrero hasta diciembre de 2015, reseñan que se cancela a favor de MONICA PÉREZ FERNÁNDEZ la suma de \$360.000 quincenal, sin firma alguna. (Fol. 12-22).

De lo anterior se desprende, que el único elemento documental aportado para respaldar la versión de la parte actora son una serie de desprendibles de nómina, pero que no cuentan con una firma o sello por parte de algún representante legal de la COMERCIALIZADORA ANFA LTDA., y en la contestación de la demanda (Fol. 59) se desconoció la autenticidad de estos documentos.

Debe recordarse que el Código General del Proceso contempla dos mecanismos de impugnación de documentos, el desconocimiento cuando se trata de documentos no firmados o manuscritos y la tacha cuando se atribuye la autoría a una de las partes; en este caso en los términos del artículo 270 el trámite de la tacha debe conllevar a declarar si el documento aportado es o no falso, y para demostrar la autenticidad o falsedad de un documento podrá solicitarse un cotejo con las letras o firmas de otros documentos como escrituras públicas, documentos privados reconocidos, firmas que aparezcan en otras actuaciones o cheques y otros medios idóneos.

En esa medida, como los documentos cuya validez pretende hacer valer para acceder a las pretensiones no están firmados y fueron desconocidos por la parte a quien se le atribuyen, la demandante tenía la carga de adelantar el trámite de verificación de autenticidad pues de lo contrario se aplica la consecuencia contenida en el inciso quinto del artículo 272 del C.G.P., que es desprender de toda eficacia probatoria estos documentos.

Así lo explica la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en providencia SL2689 de 2019 reitera lo expuesto en decisiones previas desde SL14236 de 2015, indicando que *“ley incorpora un criterio circunstancial para determinar la autenticidad probatoria de un documento, consistente en verificar si el mismo puede imputarse certeramente a quien se afirma lo ha elaborado o es su creador legítimo Como se sabe, la cuestión de la eficacia probatoria de un documento depende, en líneas generales, de la posibilidad de conocer a ciencia cierta quién es su autor genuino. A partir de este conocimiento, se abre la posibilidad de entrar a valorar intrínsecamente su contenido conforme a las reglas de apreciación probatoria y la sana crítica previstas en el Código de Procedimiento Civil y el Código Procesal del Trabajo.”*

Por lo anterior, al no haberse adelantado en manera alguna el trámite de verificación de autenticidad, dichos documentos carecen de eficacia probatoria y su contenido no puede ser valorado en manera alguna.

Aplicando entonces los citados parámetros normativos y jurisprudenciales al caso concreto, la Sala observa y reitera lo dicho por la juez a quo, sobre que dentro del expediente no obra ninguna prueba de carácter documental ni testimonial que sirva como fundamento de las pretensiones de la demanda, resaltando que los testigos decretados en favor de la parte actora no acudieron a la audiencia de juzgamiento.

No hubo, en este caso, actividad suficiente de la parte demandante para demostrar al menos la prestación personal del servicio y así haber dado aplicación a la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T. para de esa forma trasladar a la demandada la carga de la prueba de demostrar que no existió subordinación.

Se debe tener en cuenta que toda decisión judicial debe estar debidamente fundada a través de la inescindible relación entre los elementos fácticos con el material probatorio que genere la suficiente persuasión de credibilidad para que se configuren y resulten aplicables los presupuestos normativos que persigue el actor; de manera que a la parte demandante correspondía acreditar más allá de sus propias manifestaciones las condiciones del contrato de trabajo que reclama existió con la demandada COMERCIALIZADORA ANFA LTDA. y sus propietarios, carga con la que en este caso no se cumplió, por lo que se confirmará la sentencia consultada que absolvió a la parte demandada.

No habrá lugar a la imposición de costas en esta instancia, por surtirse el grado jurisdiccional de consulta.

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 consultada de fecha 18 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por haberse tramitado el grado jurisdiccional de consulta.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belén Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

José Andrés Serrano Mendoza

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Elver Naranjo

ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.

Secretario



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

Cúcuta, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-405-3103-001-2019-00199-01
RADICADO INTERNO:	18.935
DEMANDANTE:	ANGELA ROSA HERNÁNDEZ ORTIZ
DEMANDADO:	YESID TORRADO YÁÑEZ

Magistrada Ponente:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra del auto del trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), mediante el cual se acepta el desistimiento de las pretensiones; a continuación, se dicta el siguiente:

AUTO

1. Antecedentes

La señora ANGELA ROSA HERNÁNDEZ ORTIZ presentó el 30 de septiembre de 2019, demanda ordinaria laboral contra el señor YESID TORRADO YÁÑEZ (Fol. 22-27), solicitando que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 4 de junio de 2015 y el 31 de abril de 2019, para que se ordene el pago de trabajo suplementario, prima de servicios, cesantías, intereses a cesantías, vacaciones, dotación e indemnizaciones moratorias, así como el pago de aportes a seguridad social y se verifique su pérdida de capacidad laboral; en su escrito de demanda, solicita también que se imponga medida cautelar de caución al demandado para garantizar las resultas del proceso.

Mediante providencia del 4 de octubre de 2019 (Fol. 29) se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado, fijando fecha para audiencia donde se resolvería solicitud de medidas cautelares que se llevó a cabo el 15 de octubre de 2019, negando las mismas al no cumplir los requisitos legales.

En memorial del 14 de noviembre de 2019 (Fol. 35), la señora ANGELA ROSA HERNÁNDEZ manifiesta que desiste del proceso por haber llegado a un acuerdo conciliatorio con el demandado sobre las prestaciones sociales y derechos laborales reclamados.

Mediante escrito del 18 de noviembre de 2019 (Fol. 36-37) el Dr. JAVIER ALFONSO ARIAS PARADA presenta un escrito dirigido a este proceso,

aunque señalando que obra como apoderado de YESENIA REINA VELANDIA, oponiéndose a la solicitud de desistimiento presentada por su representada; señala que no se le ha revocado poder y por ende sostiene sus facultades legales, advirtiendo que si bien acompañó a la señora ANGELA HERNÁNDEZ y dos personas más a una reunión con el demandado y su apoderado, donde se propuso el desistimiento a cambio de una suma de \$2.000.000 pero él se opuso por no incluirse derechos ciertos e indiscutibles; que posteriormente la actora le informó que le habían ofrecido \$4.500.000 y el 14 de noviembre asistieron a la Inspección Laboral donde se negó a aceptar el acuerdo, pese a lo cual se presentó el escrito de desistimiento y para el 15 de noviembre no se había cancelado el dinero acordado, afectando los derechos de mujeres cabeza de familia en estado de necesidad. Argumenta que la transacción que se adelantó fue constreñida por el apoderado del demandado, violentando el debido proceso por desconocer el artículo 312 del C.G.P., pues la transacción requiere licencia y aprobación judicial, más aún tratándose de derechos laborales.

En memoriales del 15 de noviembre de 2019, la señora ANGELA ROSA HERNÁNDEZ presenta certificación de pago realizada ante la Notaría Única de Los Patios donde consta que recibió el saldo total acordado. (Fol. 38-39)

2. Decisión que se pretende recurrir

Mediante providencia del 13 de diciembre de 2019 (Fol. 40), el juez a quo dispuso aceptar el desistimiento de la demanda argumentando que la conciliación en materia laboral es una figura para la resolución de conflictos, siendo conciliables los asuntos susceptibles de acuerdo, gozando en materia laboral algunos derechos del carácter de ciertos e irrenunciables y cualquier negociación que los desconozca no tiene validez.

Agrega que en este asunto las pretensiones de la demanda son simples expectativas que no han sido reconocidas o aceptadas por las partes y sobre las cuáles se hace admisible aceptar la solicitud de desistimiento, sin que sea del caso acceder a lo pretendido por el apoderado de la demandante.

3. Recurso de apelación

El apoderado de la señora ANGELA HERNÁNDEZ, presentó recurso de apelación en contra la decisión de aceptar el desistimiento (fol. 42-53), con fundamento en lo siguiente:

- Que el oficio de desistimiento no contó con la presencia del apoderado de la actora y se realizó a sus espaldas, sin que le fuera revocado el poder, requería de su aprobación para presentarlo pues su contratación se dio para lograr el pago de las acreencias adeudadas; es decir, existe un desconocimiento sobre la coadyuvancia del apoderado judicial que impone el artículo 33 del C.P.T., quien desde el principio rechazó la propuesta del demandado por no ser acorde a las pretensiones y ser las mismas derechos ciertos e irrenunciables.
- Que se hace relación a una conciliación sobre las pretensiones de la demanda, pero esto no es cierto pues no se aportó el acta de dicha diligencia para verificar que cumpliera con los términos de la Ley 640 de 2001 sino un documento suscrito únicamente por la demandante, sin valorar que se garantizaran los derechos ciertos e irrenunciables,

no bastando que se afirme que son meras expectativas sin valorar la fuente del derecho reclamado.

- Que en providencia de Rad. 63.129 del 20 de mayo de 2019, la Sala de Casación Laboral manifiesta que la conciliación en materia laboral implica concesiones mutuas sin que en este caso se realizara reconocimiento alguno del señor TORRADO YÁÑEZ, quien menoscabó los derechos de su representada e inclusive se desconoció la solicitud de la misma actora de fijarle sus honorarios.
- Que tampoco se analizó lo correspondiente a costas procesales y agencias en derecho, no siendo dable desconocer el pago de los honorarios a que tiene derecho todo profesional por las actividades desplegadas y que según el contrato equivale al 30% de las pretensiones más costas y agencias.
- Que el acompañamiento de un profesional del derecho obedece al desconocimiento de asuntos litigiosos que tiene una persona, que en este caso es una mujer en estado de vulnerabilidad por su situación económica como madre cabeza de familia y por ello aceptó el acuerdo presentado, dado que lleva 5 meses sin trabajar y se le prometió devolver su empleo; por lo que se deben verificar las razones del desistimiento para prevenir que se lesionen derechos laborales, pese a que hubo un permanente acompañamiento del apoderado.

4. Alegatos de conclusión

Dentro de la oportunidad legal no se presentaron alegatos de conclusión.

5. Consideraciones del Despacho

Es preciso señalar que conforme a lo dispuesto en el numeral 12° del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, la lista de autos apelables son de carácter enunciativo y no taxativo, en la medida que el numeral 12 señala que son susceptibles de alzada los demás autos no contenidos en dicha lista que señale la ley; en este caso, la decisión controvertida es un auto que le pone fin al proceso, lo cual conforme el numeral 7 del artículo 321 del C.G.P. es apelable.

Como viene de verse, en el presente caso la parte demandante solicita que se revoque el auto que aceptó el desistimiento de la demanda presentado por la señora ANGELA ROSA HERNÁNDEZ ORTIZ, alegando que el mismo se presentó sin la coadyuvancia de su apoderado judicial y desconociendo sus derechos ciertos e irrenunciables, mediante un acuerdo que no cumple los requisitos legales y donde se aprovechó el demandado de la situación de vulnerabilidad y desconocimiento de la actora. Así mismo, agrega que se dejó sin resolver la petición de fijar honorarios elevada en la misma petición.

Para resolver este asunto, debe recordarse que en el procedimiento laboral no está regulada la figura del desistimiento, por lo que conforme el artículo 145 del C.P.T.Y.S.S. es menester remitirse al Código General del Proceso, cuyo artículo 314 establece que *“El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso”* y sobre sus efectos determina que *“implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que*

accepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia. (...) El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.”

Otra de las características del desistimiento es que la norma radica su origen en el demandante directamente y no en su representación judicial, tanto así que el artículo 315 del C.G.P. establece para el apoderado que desee hacer ejercicio de esta forma de terminación que debe contar con facultad expresa para ello; esto implica que es el apoderado, y no el titular de la acción, quien requiere autorización para presentar el desistimiento, con lo que no asiste razón al recurrente cuando reclama que sin su coadyuvancia no podía aceptarse la petición de la Sra. HERNÁNDEZ ORTIZ.

Esto ha sido explicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en proveído AL2781 de 2019 al señalar lo siguiente:

*“(...) la prerrogativa de desistir del recurso de casación radica en el sub judice, en cabeza del demandante que fue quien lo interpuso, y como ello no implica un acto de litigio sino, todo lo contrario, busca acabar con el mismo, **es una actuación procesal que no requiere hacerse por conducto del profesional del derecho, que lleva su representación judicial.***

En ese entendido, no existiendo obstáculo legal para que la Sala acepte el desistimiento presentado en nombre propio por el demandante, se procederá a su aceptación, porque ello conforme lo antes precisado, no vulnera el artículo 33 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que exige para litigar en causa propia o ajena, ser abogado inscrito salvo los casos exceptuados por ley.”

Ahora bien, la norma en cita refiere que el desistimiento es incondicional salvo acuerdo de las partes y ante ello explica la Sala de Casación Laboral en providencia SL3748 de 2019 que *“las peticiones de las partes tendientes a la terminación del proceso, ya sea por acto unilateral del demandante o en virtud de acuerdos, convenios o transacciones a que éstos hubiesen llegado, deben ajustarse a las previsiones legales de orden sustancial laboral y constitucional, en tanto es necesario garantizar el derecho al debido proceso y los derechos ciertos e irrenunciables consagrados en el ordenamiento jurídico de contenido social, en la medida en que involucran asuntos de orden público, de suerte que el desistimiento procesal, en esta materia está condicionado a la no afectación de las prerrogativas mínimas antes esbozadas”*.

Lo anterior, por cuanto ya previamente en sentencia del 4 de julio de 2012 (Rad. 38.209) se había dejado sentado que *“El desistimiento no es más que una expresión del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada que en materia laboral resulta procedente cuando quiera que no afecta derechos mínimos laborales o los denominados ciertos e indiscutibles. Por manera que, el desistimiento de la demanda, que a voces del artículo 342 del C.P.C. -- aplicable a los procesos del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S.-- implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada, no puede vulnerar el principio de irrenunciabilidad de los derechos mínimos laborales, ni expresa ni tácitamente, pues con ello se afectaría el orden público laboral que se encuentra tutelado por preceptos normativos explícitos como los*

contemplados por los artículos 53 de la Constitución Política y 13, 14 y 15 del C.S.T., los cuales proscriben la tangibilidad de los derechos mínimos laborales y la disposición de derechos ciertos e indiscutibles de igual naturaleza”.

Frente a que se debe entender por derecho cierto e indiscutible, en providencia del 14 de diciembre de 2007 (Rad. 29.332) reiterada en la citada SL3748 de 2019, se explica que *“el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y **exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad.** Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales”.*

En esa medida, le asiste razón al apelante cuando enuncia que previo a aceptar el desistimiento debe verificarse que el acuerdo en que tuvo su origen no afecte derechos ciertos e irrenunciables; en el presente caso, se advierte que la demanda pretendía la declaratoria de un contrato de trabajo con el señor YESID TORRADO YÁÑEZ y sobre esto afirmó la jueza *a quo* que constituían meras expectativas que no han sido reconocidas, lo que resulta cierto pues no obran pruebas documentales anexas con la demanda para establecer con certeza que hubiera una relación laboral entre las partes y el desistimiento fue radicado antes de la notificación de la parte demandada, por lo que no se alcanzó a trabar la litis para que el demandado se pronunciara sobre los reclamos de la actora.

Por lo anterior, con los elementos de prueba obrantes al plenario no es posible afirmar que existan derechos de carácter cierto e indiscutible que impidan la aceptación de la solicitud de desistimiento, ante la ausencia de certeza sobre la relación que daría origen a los derechos reclamados.

Ahora, inicialmente la actora afirmó que desistía de sus pretensiones porque había alcanzado un acuerdo conciliatorio con el demandado y posteriormente anexó un certificado suscrito por ella ante Notaría, dando fe que había recibido el pago de \$4.000.000 por concepto de prestaciones de ley; por lo que el desistimiento fue resultado de un acuerdo directo entre ambas partes sin que obre al plenario el documento resultante, pues no fue sometido a aprobación. Esto no implica que sea procedente denegar el desistimiento, pues la jurisprudencia en cita refiere que la única condición es no afectar derechos ciertos e indiscutibles y no se refiere a formalidades sobre la validez de la conciliación, lo cual puede ser objeto de un debate judicial posterior en caso de que se afirme que sobre ese acuerdo hubo vicios de consentimiento.

En lo que se refiere a la tasación de honorarios del apoderado de la demandante, el artículo 76 del C.G.P. establece que la regulación de honorarios será procedente cuando se revoque el poder; como no es del caso, no se habilita la posibilidad de adelantar este trámite y corresponde a las partes acudir al contrato de prestación de servicios suscrito para resolver cualquier diferencia que exista sobre el pago de honorarios.

Finalmente, sobre la condena en costas, debe advertirse que en este asunto no se ha notificado a la parte demandada y por ende no habría lugar a esta imposición; si bien el apoderado de la actora reclama que deben imponerse, ya que las mismas hacen parte de sus honorarios, debe señalarse que de haber lugar a condena en costas por desistimiento de la actora sería a favor de la parte demandada, lo que se reitera no es del caso, dado que no se alcanzó a presentar al proceso y con ello no causó las mismas.

Fluye de lo expuesto que se confirmará el auto del 13 de diciembre de 2019 en su integridad, sin condena en costas al no estar conformado el litigio.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto impugnado del trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

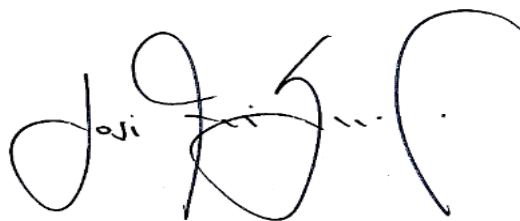
SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 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: 54-498-31-05-001-2018-00225-01

Partida Tribunal: 18545

Juzgado: Único Laboral del Circuito de Ocaña

Demandante: Deisy Lorena Arévalo Pacheco

Demandada (o): Saludvital Ábrego IPS SAS

Tema: Contrato de Trabajo

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, diecisiete (17) de septiembre 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 demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, el día 22 de marzo de 2019, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-498-31-05-001-2018-00225-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18545 promovido por la señora DEISY LORENA ARÉVALO PACHECO en contra de SALUDVITAL ÁBREGO IPS 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. ANTECEDENTES

La demandante, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de SALUDVITAL IPS SAS, pretendiendo que se declare que entre ellos existió una relación laboral en el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 2016 y el 10 de noviembre de 2017, y en

consecuencia se ordene a la pasiva, a cancelar a su favor los salarios atrasados, junto con los intereses moratorios, las prestaciones sociales causadas, vacaciones, la indemnización comprendida en el artículo 65 CST, la sanción por falta de consignación de las cesantías en el fondo correspondiente, la dotación, a los aportes en pensión, la indemnización moral por despido injustificado, las horas extras, domingos y festivos laborados.

II. HECHOS

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 laboró para la demandada como auxiliar de enfermería, desde el 24 de septiembre de 2016 y hasta el 10 de noviembre de 2017, con un salario básico de \$950.000 mensuales.
2. Que fue despedida sin justa causa, sin que le hubieran cancelado lo referente a la liquidación de sus prestaciones sociales, y nunca fue afiliada al sistema integral de seguridad social.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificada de la admisión de la demanda presentada en su contra, la empresa demandada aceptó como ciertos los hechos 3, 8, 9 y 10 y el resto que no son ciertos. Se opuso totalmente a las pretensiones, manifestando que la relación entre partes estaba regida por un contrato de prestación de servicios, en el cual la demandante no debía cumplir horario, ni estaba bajo una continuada subordinación y recibía honorarios.

Como excepciones de fondo propuso las de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones y buena fe.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Único Laboral del Circuito de Ocaña, en providencia de fecha 22 de marzo de 2019, resolvió

declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la señora DEISY LORENA ARÉVALO PACHECHO, EN CALIDAD DE TRABAJADORA Y SALUDVITAL ÁBREGO IPS S.A.S. en calidad de empleador, vigente desde el 24 de septiembre de 2016 y el 10 de noviembre de 2017, y en consecuencia condenó a la pasiva al pago de los salario adeudados, de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 CST, a las cotizaciones al fondo de pensiones, a la sanción por falta de consignación de las cesantías, a la indemnización por despido injusto.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que se probó de manera efectiva la prestación personal del servicio de la señora ARÉVALO PACHECHO a favor de SALUDVITAL, sin que existiera ninguna evidencia que permitiera desvirtuar por parte de esta, la presunción de certeza que aquello produjo.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA

Al encontrarse en desacuerdo con la anterior sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando lo siguiente:

Conforme a lo dispuesto en el la sentencia la IPS alega apelar, ya que como bien se puede evidenciar a lo largo del proceso la entidad, en este caso la IPS Salud Vital, ha tenido todo la disposición de cancelar a la señora Daisy todo lo adeudado en cuanto a lo que fue prestaciones de servicios, la IPS por el momento se encuentra pasando por una crisis financiera que no ha permitido cumplir a cabalidad con los pagos que en relación se han manifestado, por lo tanto se apela a cada una de las disposiciones expresas en la sentencia

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.

Antes de entrar a resolver el fondo de la presente controversia, surge necesario aclarar que una vez revisado el recurso de apelación presentado por la parte demandada, se concluye que el mismo, no cuenta con la claridad requerida para que sea tenido en cuenta en una segunda instancia, ya que ni siquiera expresó el aparte de la sentencia con la que se encontraba inconforme y no argumentó de manera correcta su posición, sino que se limitó a manifestar que “la IPS Salud Vital, ha tenido todo la disposición de cancelar a la señora Daisy todo lo adeudado en cuanto a lo que fue prestaciones de servicios, la IPS por el momento se encuentra pasando por una crisis financiera que no ha permitido cumplir a cabalidad con los pagos que en relación se han manifestado, por lo tanto se apela a cada una de las disposiciones expresas en la sentencia”.

Con relación a la falta de sustentación de los recursos, la H. CSJ SL en su sentencia con radicado 13179 de 2015, manifestó lo siguiente:

La Corte se referirá a los anunciados planteamientos que se repiten, entiende son a los que contraen la impugnación las agremiaciones sindicales demandadas, empezando por precisar que la alzada en el procedimiento especial previsto por el artículo 129 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la forma como fue adicionado por el artículo 4º de la Ley 1210 de 14 de julio de 2008, específicamente en su numeral 4., sigue las reglas propias de la apelación en los procesos del trabajo, esto es, las precisadas por los artículos 66 y 66 A del mismo estatuto procedimental laboral y de la Seguridad Social, y, en consonancia con la última disposición citada, de manera similar a la prevista por el artículo 57 de la Ley 2ª de 16 de diciembre de 1984.

En tal sentido, a la parte apelante compete sustentar el recurso ante el Tribunal, como juez que es de la primera instancia en este procedimiento especial; en tanto que, a la Corte, como juez de la apelación y en tal sentido Tribunal de instancia, corresponde decidir en consonancia con las materias

objeto del recurso de apelación. Así, la competencia del superior no se extiende plena sobre todas las materias que hubieren sido objeto del pleito, sino restringida a las que se orienta la impugnación, obviamente, siempre y cuando hubieren sido sustentadas.

Tal aseveración se desprende de la consideración legal establecida en el citado numeral 4 del artículo 4º de la Ley 1210 de 2008, que indica que contra la sentencia proferida por el Tribunal procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo, el cual «se *interpondrá y sustentará, en el acto de notificación*», lo que es tanto como decir que la sustentación del recurso, esto es, la defensa y basamento de la divergencia de la parte recurrente con las consideraciones fácticas o jurídicas en que se funda la decisión del Tribunal debe hacerse allí mismo, en el acto de la notificación, y no bastando para ello que el recurrente exprese simplemente su disconformidad con lo proveído por el juzgador, sino que es necesario, a efectos de satisfacer las exigencias del recurso, que indique las razones jurídicas y fácticas que la soportan intentando su demostración, sin que para tal propósito requiera de fórmulas sacramentales, forzadas o literales y rigurosas.

En sentencia de casación de 10 de agosto de 2010 (Radicación 34215), explicó la Corte la sustentación de la apelación de cara a la normatividad de los procesos del trabajo en los siguientes términos:

“Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada.

“Sobre el particular la Sala en sentencia del 14 de agosto de 2007 radicado 28474, puntualizó:

““(…) La discusión que plantea el cargo tiene que ver básicamente con el alcance de los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984 y 66 A del C. P. del T, y S.S. pues mientras el Tribunal consideró que de conformidad con lo dispuesto en

estas normas el juez de segundo grado solamente está habilitado para estudiar los puntos objeto de apelación, es decir, aquellos que de manera particular, fundamentada y expresa son materia de inconformidad por parte del apelante, y que la sentencia que profiera debe estar en consonancia con estas materias, el recurrente sostiene que es suficiente manifestar en términos genéricos la aspiración del recurso de apelación, es decir la pretensión propiamente dicha y la cobertura de la inconformidad, de modo que si dice buscar la revocación total del fallo de primer grado o simplemente manifiesta inconformidad con la totalidad de éste, resulta imperativo para el ad quem ejercer en su integridad y sin limitaciones el control de la providencia, sin que pueda alegarse, en tales casos, la inconsonancia de la sentencia.

Pues bien, con la Ley 2ª de 1984 se hizo obligatorio, para la parte que apela una providencia, la sustentación del recurso, esto es, la exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que lo distancian de la resolución judicial, sin que ello implique, desde luego, el establecimiento de unas fórmulas sacramentales o la conversión de un recurso ordinario en extraordinario, o que la argumentación deba sujetarse a determinados parámetros, pues la ley no fijó formalidades especiales para cumplir la carga de la sustentación, ni la supeditó a un específico estilo de argumentación o a determinada forma de presentación.

“Precisamente sobre esta exigencia, dijo la Sala en sentencia del 19 de marzo de 1987, al acoger lo dicho por la Sala de Casación Civil en auto de 30 de agosto de 1984:

“<O sea, que en un plausible avance del legislador patrio subordinó la admisibilidad del recurso de apelación al cumplimiento por el recurrente del deber de sustentarlo. Y sustentar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa mantener, es decir en la acepción más afín con la materia regulada, 'defender o sustentar una opinión o sistema’.

““Si, como se ya está dicho, la apelación es una faceta del derecho de impugnar, expresión ésta derivada de la voz latina 'impugnare' que significa 'combatir, contradecir, refutar', tiene que aceptarse que el deber de sustentar este recurso consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; o sea, para expresar la idea con criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin

de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o su modificación”.

“Esta es y tiene que ser justamente, a juicio de la Corte, la filosofía jurídica que contiene el precitado artículo 57 de la Ley 2a. de 1984 y con ese criterio debe interpretarse; otra interpretación de esta norma significa, a más de un análisis exegetico del precepto, distorsionar su propia y peculiar etiología (...) Para no tolerar esquinace al precepto legal transcrito, y más precisamente para impedir que su razón finalística se quede en la utopía, cree la Corte que no pueda darse por sustentada una apelación, y por ende cumplida la condición que subordina la admisibilidad de este recurso, cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injurídica o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas tales como, 'sí hay pruebas de los hechos', 'no están demostrados los hechos', u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por su vaguedad e imprecisión no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico jurídicas a que llegó el juez en su proveído impugnado> (Gaceta Judicial, Tomo CXC, págs. 442 y 443).

“Posteriormente, en fallo de 19 de julio de 2006 (radicado 26171), expresó: “<Ha precisado esta Sala de la Corte que es deber de quien impugna en apelación explicar las razones o motivos para interponer el recurso y que, asimismo, debe existir claridad sobre las resoluciones de la decisión respecto de las cuales se halla inconforme, ...>.

“También se ha establecido que la exigencia legal de sustentación del recurso de apelación responde a la esencia de una segunda instancia, que, por regla general, se activa por el impulso de alguna de las partes y en razón a la inconformidad con decisiones del juez a quo, ello porque la actuación oficiosa del ad quem de la jurisdicción laboral tiene carácter excepcional, como en los restrictivos eventos en que procede el grado de consulta, de manera que la segunda instancia es una garantía de debido proceso para las partes y no una tutela oficiosa de control funcional del superior.

“Ese proceso de racionalización del recurso de apelación, fue complementado con la instauración del principio de consonancia consagrado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 e incorporado como artículo 66A del CPTSS, en cuya virtud el juez de segunda instancia, al resolver el recurso de apelación, únicamente deberá pronunciarse sobre las materias propuestas por el o los apelantes, sobre el marco trazado por las partes al expresar los

motivos de su discrepancia tanto frente a cada una de las pretensiones acogidas o denegadas, como frente a los específicos argumentos esgrimidos por el juzgador (...)

De lo anterior se desprende de manera clara que en la sustentación del recurso de apelación, la parte recurrente debe poner de presente los apartes de la sentencia los cuales pretende sean revocados o modificados por el alto tribunal, otorgando fundamentos para ello, para lo cual, si bien no es necesario acudir a fórmulas sacramentales, sí se debe expresar de manera clara y precisa lo que se busca con la interposición del recurso planteado, no siendo de recibo la utilización de expresiones vagas o genéricas, todo ello para que en virtud al principio de consonancia regulado en el artículo 66A del CPL, el juzgador de segunda instancia resuelve conforme a los concretos motivos de inconformidad planteados.

Aterrizado lo anterior al caso que hoy nos ocupa, se observa que la apelante no manifestó ni siquiera su descontento con la declaratoria de existencia del contrato de trabajo realizada por el A quo, ni con las condenas impuestas a su cargo en consecuencia de esto, limitándose únicamente a indicar que la pasiva atraviesa una crisis financiera que no le ha permitido cubrir sus obligaciones y por tanto apelaba lo dispuesto en la sentencia, sin especificar las declaraciones u obligaciones que eran objeto de dicha apelación.

No obstante lo anterior, dado que la parte demandada en su recurso hace referencia a la disposición de la empresa de “cancelar a la señora Daisy todo lo adeudado en cuanto a lo que fue prestaciones de servicios”, y en aras de proteger el derecho de defensa y contradicción de la entidad, procederá esta Sala a analizar lo referente a la condena impuesta a la misma de pago de la indemnización por falta de salarios y prestaciones sociales a la fecha de terminación del contrato de trabajo, dispuesta en el artículo 65 del CST, ya que, como es sabido, la misma contiene un elemento subjetivo relacionado con el comportamiento del empleador frente a dicha ausencia de cubrimiento de las obligaciones laborales mencionadas, por lo que, al apelar a una voluntad de pago del patrono y respaldar su falencia en una crisis financiera, es posible afirmar que lo que se pretende con dicha alegación, es que se revoque esta condena.

INDEMNIZACIÓN ARÍCULO 65 CST

Como ha sido largamente determinado por este Tribunal, teniendo como fundamento lo reglado por la HCSJ en sentencias como la SL3123-2020, la aplicación de la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato, no se impone de manera automática, sino que debe proceder, si es del caso, luego de un exhaustivo análisis de la conducta del empleador frente a tal menoscabo de los derechos del trabajador, análisis este que tiene como foco central, la conducta del incumplido, con el fin de determinar si estuvo o no revestida de buena fe, para lo cual no cuenta el juez de conocimiento, con reglas objetivas.

Revisando entonces el haz probatorio relevante para resolver lo anterior, encuentra la Sala que en parte alguna de expediente yace material probatorio que evidencie que la empresa demandada se encontraba, en efecto, atravesando una crisis financiera que le impidiera cubrir las obligaciones laborales que existían en cabeza de la trabajadora, habiendo surgido este argumento únicamente en el recurso de apelación presentado por la pasiva.

Y es que incluso de haberlo alegado oportunamente, dicha situación de insolvencia o crisis económica no se considera como un eximente de responsabilidad de un empleador frente al cubrimiento de las acreencias laborales de un trabajador, debiéndose examinar en cada caso particular si estuvo presente o no el elemento de buena fe en el actuar del empleador. Al respecto, la HCSJ explicó lo siguiente en su sentencia con Rad 7393 de 1993, citadas en las providencias con Rad. 34778 de 2010 y 37288 de 2012:

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

exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)..."

Así las cosas, al no haber aportado al proceso la pasiva, elementos probatorios suficientes que permitan concluir que tenía razones válidas justificativas en su actuar negligente para con los derechos existentes a favor de la señora ARÉVALO PACHECO, no es posible revocar la condena impuesta por el A quo al pago de la indemnización contenida en el artículo 65 del CST, debiéndose CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada.

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 de la empresa SALUDVITAL ÁBREGO IPS S.A.S. y en favor de la señora DEISY LORENA ARÉVALO PACHECO, 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 y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, el día 22 de marzo de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$877.803 m/cte.) a cargo de la empresa SALUDVITAL ÁBREGO IPS S.A.S. y en favor de la señora DEISY LORENA ARÉVALO PACHECHO, conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura y a lo dispuesto al inciso 1° del artículo 366 del C.G. del P.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'José Andrés Serrano Mendoza', with a large, stylized flourish at the end.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES

MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.
Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



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

Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-498-31-05-001-2018-00292-00
RADICADO INTERNO:	18.741
DEMANDANTE:	HILVA MONTAGUT DE PÉREZ
DEMANDADO:	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Sería del caso proceder la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HILVA MONTAGUT DE PÉREZ contra la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL, radicado bajo el No. 54-498-31-05-001-2018-00292-00, y radicación interna N° 18.741 de este Tribunal Superior, a conocer del recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia del 22 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, pero en el presente asunto se observa una deficiencia en los presupuestos procesales ya que no existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, para conocer del proceso y por lo cual se dicta el siguiente:.

AUTO

La señora HILVA MONTAGUT DE PÉREZ, mediante apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral contra la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL, para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre el 01 de enero de 1994 hasta el 23 de enero de 2017; para que se reconocieran conceptos adeudados por cesantías, intereses a cesantías, primas, dotación, bonificación por vacaciones, auxilio de transporte, aportes a salud, pensión, riesgos laborales y demás prestaciones legales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, expresa que se desempeñó como aseadora de las instalaciones de la Policía Nacional del Municipio de Convención-Norte de Santander desde el 03 de enero de 2017 hasta el 03 de enero de 2018, con una remuneración de \$250.000, recibiendo órdenes e instrucciones por parte del comandante de la estación en turno y en jornadas de 7 a.m. a 2 p.m., sin que le cancelaran prestaciones sociales, pero sí le suministraron todos los elementos de aseo.

Dentro de la oportunidad legal, la demandada se opuso a las pretensiones, negando que la demandante se haya desempeñado como aseadora en las instalaciones del Comando de la Policía del Municipio de Convención-Norte de Santander, en la medida en que, ese tipo de servicios solo pueden ser contratados por el Comandante de la Policía Nacional de Cúcuta. Indicó que solo pueden celebrar contratos de trabajo los trabajadores oficiales, es decir, aquellos que se dediquen al mantenimiento y sostenimiento de obras públicas, no siendo el caso de la actora. Propuso la excepción de: PRUEBAS INSUFICIENTES PARA DEMOSTRAR LA RESPONSABILIDAD DE LA POLICIA NACIONAL.

El Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, el 22 de agosto de 2019, absolvió a la pasiva de todas las peticiones, afirmando que si bien podrían tenerse como cierto la prestación personal del servicio de la demandante como aseadora de la Estación de policía del Municipio de Convención- Norte de Santander, tal labor no era propia de un trabajador oficial, es decir, mantenimiento y sostenimiento de obras públicas, por lo que no se podría pregonar la existencia de un contrato de trabajo.

Conforme estos documentos, la beneficiaria de las labores que se alega prestó la demandante era una entidad cuya naturaleza corresponde a una entidad pública; siendo del caso advertir que la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral está inicialmente suscitada por el precedente jurisprudencial donde se ha determinado que aquellas controversias derivadas de la aplicación del principio de la primacía de la realidad deben ser conocidas por la jurisdicción ordinaria laboral con el fin de establecer la existencia de un contrato de trabajo.

No obstante, no basta con afirmar la existencia de un contrato de trabajo con una entidad pública alegando la calidad de trabajador oficial, pues esta debe estar suficientemente evidenciada en la relación jurídica entre las normas que regulan el personal de la respectiva entidad y las funciones que se alegan desarrolladas.

Para este asunto, tratándose de una relación alegada con la POLICÍA NACIONAL, se debe acudir a los Estatutos de Personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, históricamente reglados por los Decretos 610 de 1977, 2247 de 1984, 1214 de 1990 y al 1792 de 2000, los cuáles regulan todo lo concerniente a la vinculación laboral de esos trabajadores, la autoridad competente para contratar, los requisitos del contrato laboral y la clasificación de ellos.

Al afirmarse que la relación inició en el año 1994, se advierte que el Decreto Ley 1214 de 1990 indica en su artículo segundo que *“Integran el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, las personas naturales que presten sus servicios en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional”* y el artículo siguiente señala que *“El personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional se clasifica en empleados públicos y trabajadores oficiales”*. Sobre estos últimos refiere el artículo 7° que es trabajador oficial *“la persona natural que preste sus servicios en el Ministerio de Defensa, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional, cuando su vinculación se opere mediante contrato de trabajo.”*

Específicamente el artículo 132 establece que *“El Ministerio de Defensa podrá vincular, mediante contrato de trabajo, a personas naturales para el desempeño de labores técnicas, docentes, científicas, de construcción y mantenimiento de obras y equipos, de confecciones y talleres, cuando la actividad o labor no está contemplada para ser desempeñada por empleados públicos”*.

Posteriormente esta normativa fue modificada por el Decreto 1792 de 2000, cuyo artículo 1° en su párrafo establece que *“Se entiende por Personal Civil, para todos los efectos del presente Decreto, el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional **y el personal no uniformado de la Policía Nacional**”* y su artículo 3° refiere que *“Excepcionalmente serán trabajadores oficiales, quienes desempeñen labores de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos, de telecomunicaciones; de confección de uniformes y elementos de intendencia; actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales y se vincularán mediante contrato de trabajo”*

De acuerdo con lo anterior, se determina que en este caso la demandante sólo podría ser considerada como trabajadora oficial, si efectivamente las funciones que afirma haber ejecutado encajan en las delimitaciones de las anteriores normas, por ser las que estuvieron vigentes en el marco temporal indicado en la demanda.

Así las cosas, como la actora esgrime la prestación de sus servicios personales en calidad de aseadora del Comando de la Policía Nacional de Convención-Norte de Santander, esta actividad no se corresponde con la de una trabajadora oficial. Pues para el período de 1994 a 2000 estas solo comprendían *“labores técnicas, docentes, científicas, de construcción y mantenimiento de obras y equipos, de confecciones y talleres”* y desde el 2000 las labores de *“construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos, de telecomunicaciones; de confección de uniformes y elementos de intendencia; actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales”*.

Ahora bien, mal podría aceptarse que las labores de aseo que afirma la demandante ejerció en la Estación de Policía de Convención-Norte de Santander, son propias del mantenimiento y sostenimiento de una obra pública, porque es claro que tales se encuentran dentro de aquellas actividades destinadas a evitar el menoscabo que se produce en el tiempo por el natural uso del bien, como se extrae de la noción aceptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que en providencia SL802 de 2020 reiterando precedentes de SL2771 de 2015 y sentencia del 10 de mayo de 2011 (Rad. 15.143), se explica que *“en este concepto se encuentra involucrado el montaje e instalación, la remodelación, la ampliación, la mejora, la conservación, la restauración y el mantenimiento de dicha obra”* y ante ello concluye que *“ha sido criterio reiterado de esta Corporación que las actividades de celaduría y servicios generales (aseo, limpieza, jardinería, pintura, etc.) no pueden calificarse, per se, como de construcción o sostenimiento de obra pública”*.

Así las cosas, ante la imposibilidad jurídica de identificar la relación demandada por la señora MONTAGUT DE PÉREZ como la de una trabajadora oficial, sino como una relación legal y reglamentaria; se tiene conforme lo establecido en el artículo 4° del C.S. del T., que los servidores públicos están

excluidos de la aplicación de las normas laborales consagradas en ese compendio normativo; siendo la pretensión principal de la demanda que se declare la existencia de una única relación laboral y que en virtud de la misma se ordene el pago de prestaciones sociales dejadas de cancelar, nos encontramos ante la ausencia de jurisdicción y competencia de este Tribunal y del Juzgado de primera instancia para resolver las pretensiones.

El artículo 133 del Código General del Proceso, en su numeral 1º fijó como causal de nulidad la falta de jurisdicción; siendo ésta una norma procesal, resulta de obligatorio cumplimiento. A su turno, el artículo 16 ibídem, preceptúa que la jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL603 del 15 de marzo de 2017. M.P. FERNANDO CASTILLO CADENA, reitera las conclusiones esbozadas previamente en providencia SL10610 del 9 de julio de 2014 (Rad. 43.847 y M.P. CLARA DUEÑAS QUEVEDO) y otras posturas anteriormente expuestas en el sentido que:

*“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 excepcionadísimos 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.

En efecto, nada le ayudaría a la realización de la justicia que advirtiendo el funcionario judicial la falta de jurisdicción, por ejemplo, cuando el demandante de forma equivocada crea que su relación legal y reglamentaria se denomina contrato de trabajo -y así la intitule en la demanda- y pretenda un derecho o privilegio exclusivo de los empleados públicos, que el juez laboral tramite el proceso a sabiendas de la incompetencia que le asiste y al final deniegue las pretensiones de la

demanda bajo el argumento de no corresponder el asunto a esta jurisdicción, ya que, no solo se generaría una prolongación del conflicto y un desgaste de la administración de justicia, sino también una denegación de la misma porque seguramente habrá operado la caducidad de la acción ante el juez administrativo.

Luego, frente a estos asuntos que se ventilen ante la jurisdicción del trabajo y que tengan por objeto debatir temas relacionados con la relación legal y reglamentaria, es deber del juez adoptar las medidas de saneamiento correspondientes y remitir las diligencias a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la que, conforme lo establece el numeral 2° del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, es la que tiene competencia para conocer de los procesos "relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado [...]"

Esta providencia ha sido recientemente reiterada en providencia SL2226 de 2020, donde la Sala de Casación Laboral refiere que esta regla jurisprudencial es viable, siempre que se resuelva en sede de instancia antes de emitir sentencia.

Es así como, desde la Sala de Casación Laboral se ha impartido la instrucción que si bien invocada la calidad de trabajador oficial existe la obligación legal de confirmarla o denegarla para los jueces laborales a través de la sentencia de instancia correspondiente, también puede acontecer que de entrada se advierta que los derechos reclamados corresponden a los de una relación legal y reglamentaria, que no puede ser resuelta por la jurisdicción ordinaria laboral y ante ello, advertido de la calidad de empleado público, se encuentra el funcionario judicial con una nulidad insaneable que debe ser corregida y las consecuencias procesales decretadas, para garantizar que no ocurrirá una denegación del acceso a la administración de justicia.

Por tal virtud, advertido el Tribunal desde antes de dictar sentencia que la actora nunca tuvo la calidad de trabajadora oficial y verificado someramente que por el contrario en principio sería una empleada pública, está obligado a declarar la nulidad de todo lo actuado, según los términos del artículo 138 del C.G.P., a partir de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de agosto de 2019, inclusive, y en su lugar, declarará la falta de jurisdicción y competencia funcional de esta especialidad para conocer del presente asunto, rechazará la demanda y ordenará que se remita el expediente a los Jueces Administrativos del Circuito de Cúcuta, dejando a salvo las pruebas recepcionadas en el curso del proceso.

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: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado, a partir de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de agosto de 2019, inclusive según los términos del vigente artículo 138 del C.G.P., y en su lugar, declarará la falta de jurisdicción y competencia funcional de esta especialidad para conocer del presente asunto, rechazará la demanda y ordenará que se remita el expediente a los Jueces Administrativos del Circuito de Cúcuta, dejando a salvo las pruebas recepcionadas en el curso del proceso.

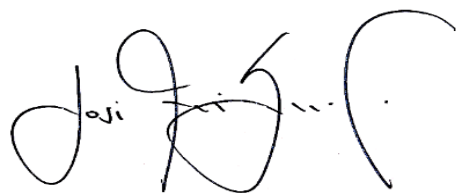
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por haberse tramitado el grado jurisdiccional de consulta.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
(Salvamento de voto)
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario



SALA DE DECISIÓN LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

Ordinario : 54498-31-05-001-2018-00292-00

Demandante: Hilva Montagut de Pérez

Demandandos: Nación – Ministerio de Defensa- Policía Nacional.

Con el debido respeto me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, en la medida que considero que la litis debió resolverse de fondo como se sostuvo en la ponencia derrotada al suscrito. Así, al pretender la demandante se declare la existencia de un contrato con la pasiva, en calidad de trabajadora oficial, es claro que la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, sí es la competente para conocer el asunto.

Nótese que el Decreto 1792 DE 2000 *“por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial”*, prevé en su artículo 1º: *“CAMPO DE APLICACIÓN. El presente Decreto modifica el Estatuto que regula la administración de personal y establece la Carrera Administrativa Especial para los servidores públicos civiles del Ministerio de Defensa Nacional.*

PARÁGRAFO 1. Se entiende por Personal Civil, para todos los efectos del presente Decreto, el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado de la Policía Nacional. Los servidores públicos que prestan sus

servicios en las Entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional se registrarán por las normas vigentes propias de cada organismo.

A su vez en su artículo 3 establece: **“CLASIFICACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.** *Los servidores públicos a los cuales se refiere este Decreto, son empleados públicos que podrán ser de carrera, de período fijo y de libre nombramiento y remoción.*

Excepcionalmente serán trabajadores oficiales, quienes desempeñen labores de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos, de telecomunicaciones; de confección de uniformes y elementos de intendencia; actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales y se vincularán mediante contrato de trabajo”.

El marco legal anterior permite concluir sin dubitación alguna, que los servidores del Ministerio de Defensa Nacional y el personal civil no uniformado de la Policía Nacional pueden ser: a) Empleados públicos y de libre nombramiento y remoción; o b) **trabajadores oficiales**, que son aquellos que desempeñan cargos destinados a las labores de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos, de telecomunicaciones; de confección de uniformes y elementos de intendencia; actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales que se vinculan mediante contrato de trabajo.

Así las cosas, como la activa esgrime que las labores desempeñadas en el Comando de la Policía fueron propiamente las de un **trabajador oficial**, el asunto se enmarca dentro de la cláusula general de competencia contenida en el artículo 2º del CPTSS, amén de que la Ley 1437 de 2011 incluye como asunto ajeno al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, los conflictos de carácter laboral surgidos entre entidades

públicas y trabajadores oficiales. Además como lo ha sostenido la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción, la afirmación de la existencia de un contrato de trabajo basta para que el juez laboral asuma la competencia en un juicio contra una entidad de derecho público. Al respecto ver sentencia con radicado 21.486 del 30 de septiembre de 2003.

De esta manera las cosas, lo que en derecho correspondía no era otra cosa que resolver de fondo el recurso de alzada formulado por la activa contra la sentencia del 22 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, antes que declarar la falta de jurisdicción y nulitar la providencia en mención, como decidió la mayoría de la sala.

Con toda consideración,



ELVER NARANJO

Magistrado.



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

Diecisiete (17) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-498-31-05-001-2019-00033-00
RADICADO INTERNO:	18.978
DEMANDANTE:	SABINA AIDE ARIAS GALVIS
DEMANDADO:	CORPORACIÓN MI I.P.S. SANTANDER

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por SABINA AIDE ARIAS GALVIS contra CORPORACIÓN MI I.P.S. SANTANDER, Radicado bajo el No. 54-498-31-05-001-2019-00033-00, y Radicación Interna N° 18.978 de este Tribunal Superior, a conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 27 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, 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 en contra de la sentencia del 27 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre la señora SABINA AIDE ARIAS GALVIS en calidad de trabajadora, y CORPORACION MI IPS SANTANDER. En calidad de empleador, vigente desde el 11 de septiembre de año 2016 a 28 de febrero del año 2018, y con un salario equivalente a \$2.469.900.

SEGUNDO: En consecuencia, CONDENAR a CORPORACION MI IPS SANTANDER a pagar a la demandante, las siguientes sumas de dinero, por lo explicado en las consideraciones:

- a. Cesantías: \$397.930*
- b. Prima de Servicio: \$397.930*

- c. *Intereses a las cesantías: \$7.693*
- d. *Doble de los intereses a las cesantías: \$7.693*
- e. *Vacaciones: \$198.965*
- f. *Un día de salario \$82.330 pesos desde el 1° de marzo de 2018 hasta por 24 meses, esto es hasta el 1° de marzo de 2020 valor que a este momento asciende a la suma de \$59.195.270 y acaecida la fecha de allí en adelante intereses de conformidad con las reglas del artículo 65 del C.S.T.*

TERCERO: *CONDENAR a corporación MI IPS SANTANDER al pago de las costas del proceso quien por agencias deberá cancelar \$1.200.000.*

CUARTO: *Abstenerse de conceder las demás pretensiones por lo manifestado en la parte motiva del fallo”.*

1.2. Fundamento de la decisión.

El juez *a quo*, fundamentó la decisión en los siguientes argumentos:

- Teniendo en cuenta las pruebas obrantes a folio 10 a 14 del plenario declara probada la existencia de la relación laboral en los extremos estrictamente señalados en los hechos y en los contratos de trabajo aportados con la demanda, que corresponden a parte del 1° de septiembre de 2016 hasta el 28 de febrero de 2018, con un salario de \$2.469.900.
- Indicó que no existe prueba con respecto al pago de prestaciones sociales por parte de la demandada correspondiente al año 2018, por ende, ordenó el pago de prestaciones sociales y vacaciones correspondientes para esa anualidad en lo que respecta 58 días efectivamente laborados por lo que procedió a liquidarlas indicando el valor a pagar por cada uno de estos conceptos.
- En lo que respecta a la indemnización por falta de pago de las prestaciones sociales de que trata el artículo 65 del C.S.T señaló que en el caudal probatorio aportado no se evidencia la buena fe de la demandada, sin embargo justificó su incumplimiento debido a la difícil situación que atravesaba la empresa lo cual era un hecho notorio; al respecto el juez indicó que dicha circunstancia no fue probada en el proceso, y que de igual forma no es un hecho notorio las deudas económicas que las empresas privadas corporativas como la demandada tengan con sus deudores, pues es evidente que pueden hacer uso de las herramientas judiciales para lograr algún tipo de pago por parte de sus deudores, por lo que condena al pago de la misma.

2. DE LA IMPUGNACIÓN

La apoderada de la parte demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando:

- Que el retraso del pago de la liquidación del contrato no obedeció a una actitud malintencionada por parte del empleador con el fin de menoscabar los derechos laborales del trabajador; que por el contrario

el no pago obedeció al resultado de una situación sistemática de todo el sistema de salud de fuerza mayor y no un actuar de mala fe.

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:

La parte actora señaló que tal y como lo señala la sentencia del a quo, la relación laboral se encuentra debidamente probada a folios 10 y 14 del cuaderno principal, situación ésta que no fue discutida por la parte demandada dentro del proceso de instancia, lo que determina la existencia de la misma entre el 1° de septiembre de 2016 y el 28 de febrero de 2018, y que a la terminación del contrato de trabajo la demandada no canceló lo correspondiente a los 58 días de prestaciones sociales y vacaciones por todo el tiempo laborado.

Advierte además que dentro del proceso de primera instancia la parte demandada no probó situación alguna que lo ampare frente a su incumplimiento de cancelación de los derechos laborales y solo en los alegatos de conclusión expresan que la falta de incumplimiento en su obligación devenía de la presunta crisis económica que había atravesado el sector salud, sin determinar cuáles eran las supuestas circunstancias que lo habían llevado a no cumplir con su obligación laboral.

•PARTE DEMANDADA:

CORPORACIÓN MI IPS SANTANDER indicó que no se opone a la declaratoria de una relación laboral suscrita entre la demandante y mi representada del 01 de septiembre de 2016 al 28 de febrero de 2018. Situación que quedó plenamente acreditada en la primera instancia.

Ni tampoco desconoce la mora en el pago de los derechos laborales, frente a lo que se deben poner de presente al despacho, las condiciones puntuales en las que se desarrolló el contrato de trabajo entre la hoy demandante y mi representada, para así determinar que durante la vigencia de la relación laboral, el empleador siempre realizó el pago de los derechos laborales causados en favor del demandante, reconociendo una asignación básica mensual, por concepto de remuneración.

No obstante, refirió que la jurisprudencia laboral ha decantado la aplicación de la sanción moratoria, estableciendo que la misma no debe operar de forma automática, sino que **APLICA UNA VEZ SE VERIFIQUE QUE HA EXISTIDO MALA FE POR PARTE DEL EMPLEADOR.**

Resaltó que en la realidad es ampliamente conocida, convirtiéndose en un hecho notorio la situación mencionada en la contestación de demanda, pues la intervención de SALUDCOOP EPS en el año 2011 por presuntas irregularidades, fue en su momento conocida y publicada por medios de comunicación impresa, radial e inclusive de televisión.

Como consecuencia de ello, quedó con acreencias que superan los miles de millones, pues no se desconoce que la Corporación nació de la mano de dicha EPS, de la que con el paso del tiempo tuvo que desligarse en aras de garantizar las obligaciones para con sus colaboradores y usuarios. Sin embargo, después de casi 5 años de crisis, ha hecho las gestiones tendientes a lograr la estabilidad de los actuales trabajadores y el pago de las obligaciones a favor de las personas que se han venido desvinculando de la Corporación, situación que es propia de un actuar leal. Como consecuencia, se evidencia claramente los motivos en los cuales se fundan los leves incumplimientos presentados por la **CORPORACIÓN MI IPS SANTANDER**, respecto al pago de los derechos laborales de la demandante.

Que también resulta improcedente el cobro por concepto de indemnización moratoria, pues el retardo en relación con la obligación de pago de la liquidación final del contrato, no se configuró como un actuar de mala fe o intención dañina del empleador de afectar los derechos laborales de la **TRABAJADORA**, sino que obedeció a una situación económica coyuntural que una vez superada permitió el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que le asisten no solo a la demandante, sino a los demás colaboradores de esta entidad, con lo cual se reitera que dicho retraso correspondió a una situación coyuntural, que no fue un obrar de mala fe.

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 es el siguiente:

¿Resulta procedente la condena a la CORPORACIÓN MI I.P.S. SANTANDER por concepto de indemnización moratoria respecto de los salarios y prestaciones dejados de cancelar a la señora SABINA AIDE ARIAS GALVIS?

6. CONSIDERACIONES:

En este caso, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se dirige exclusivamente a que se determine si La CORPORACIÓN MI I.P.S. SANTANDER debe reconocer a la señora SABINA AIDE ARIAS GALVIS la suma de \$59.195.270 por concepto de indemnización moratoria, causada entre el 1 de marzo de 2018 hasta el 1º de mayo de 2020, por el impago injustificado de los salarios, y las prestaciones sociales del 11 de septiembre de 2016 a 28 de febrero de 2018, y un salario equivalente a \$2.469.900.

El Juez a quo resolvió una vez advertida la existencia de una relación laboral entre las partes, que las prestaciones de salarios generadas durante la vigencia de la relación laboral no fueron canceladas a la actora, y ante la falta de justificación para el no pago oportuno de las prestaciones, condenó su pago y a la indemnización moratoria. Siendo únicamente por esto último a lo cual se opuso la demandada, afirmando que está debidamente evidenciado en el curso del proceso que el estado de impago no fue por mala fe de la

entidad sino por encontrarse en iliquidez producto de la difícil situación de todo el sistema de salud por fuerza mayor.

Significa lo anterior, que no será objeto de controversia en segunda instancia por virtud del principio de consonancia contenido en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., lo correspondiente a la relación declarada y las condenas en contra de la CORPORACIÓN MI I.P.S. SANTANDER; en esa medida y siendo el único asunto apelado la indemnización moratoria, cabe recordarse 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”*.

En cuanto a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T; no existe discusión en cuanto a que, al momento de la terminación de la relación laboral, a la demandante se le adeudaban las prestaciones sociales del año 2018, los cuales estuvieron en mora desde la finalización de la relación laboral el 28 de febrero de 2018 hasta la fecha de su pago.

Al respecto, sobre la indemnización moratoria, se traerá a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-1091 de 2018 al indicar que esta condena *“tiene un carácter eminentemente sancionatorio, pues se genera cuando quiera que el empleador se sustrae, sin justificación atendible, al pago de salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del vínculo laboral”* y se ha agregado por la jurisprudencia *“que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe para exonerar al empleador; esta noción que rechaza la aplicación automática de la indemnización moratoria se extiende a la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, indicando la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3492 de 2018, que “para su imposición el fallador debe analizar la conducta del empleador a efectos de establecer si la omisión en la consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe de parte aquel para, de esta manera, proceder a eximirlo de su pago”*.

Ante esto, no existe un parámetro objetivo para determinar la buena fe del empleador para no cancelar las prestaciones laborales respectivas al trabajador cuando ha finalizado la relación laboral, sino que compete al juzgador establecer si existió alguna justificación que permita entrever que el empleador entendía que no estaba obligado a cancelar los derechos reconocidos, o que estaba convencido de que existían serias razones objetivas y jurídicas para abstenerse de hacer los pagos.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2809 de 2019 recordó que el hecho de que una empresa atravesase dificultades económicas, no es una circunstancia que automáticamente la coloque en situación de buena fe, y como consecuencia, la releve de ser condenada a la indemnización moratoria; y recalca que se trata de una postura sostenida en decisiones anteriores, como la sentencia SL2448 de 2017 donde se explica que el hecho de que una empresa atravesase dificultades económicas que le lleven a acudir al trámite de reactivación empresarial e inclusive la insolvencia económica o iliquidez, es una circunstancia que:

“por sí solo, no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto, incluso en estos eventos, el patrono puede ejecutar actos contrarios a la buena fe en el no pago de acreencias adeudadas a los trabajadores a la terminación del contrato, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar su buena fe”.

De esta manera, la mera alegación de la demandada de encontrarse demostrado que atravesaba una difícil situación económica debido a la crisis que presentó el sistema de salud, por sí sola no la absuelve de la indemnización moratoria, sino que se debe analizar en conjunto con las demás pruebas, para establecer, si se encuentra debidamente acreditadas actuaciones denotativas de buena o mala fe, que permitan dirimir la procedibilidad de la condena sancionatoria.

Así las cosas, como se ha señalado en casos anteriores, no observa la Sala probidad en el proceder de la CORPORACION MI I.P.S SANTANDER al aducir que se encontraba en una difícil situación económica debido a la crisis que atravesó el sistema de salud y que por tal razón no pagó las prestaciones sociales, en la medida en que, aun probada la situación de crisis económica de la empresa por esta situación y el conocimiento pleno de los trabajadores de este hecho, tal situación no es óbice para no cumplir con las obligaciones labores que tenía a cargo la IPS demandada, porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados, sino que alega no poder pagarlos por razones económicas y si bien ante la iliquidez o crisis económica del empleador, se afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, no debe perderse de vista, que éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono, tal como lo prevé el artículo 28 del C. S.T.

Agregado a ello, los créditos causados por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás, tal como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990.

De otra parte, se descarta que la insolvencia económica que aduce haber presentado la demandada, pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, y aun configurándose como un hecho fortuito, según la tesis que ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (ver sentencia con radicado 34288 de enero 24 de 2012):

*“el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso **debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis**”.*

Frente a tal, no existe prueba alguna en el plenario que denote que el empleador tomó las medidas necesarias para amortiguar la falta de recursos económicos, ni tampoco existe un elemento de convicción que indique que la

IPS aludida ejerció acciones tendientes al cumplimiento de las obligaciones laborales y remedio a la crisis.

Tampoco debe perderse de vista que el empleador, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333).

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 la existencia de buena fe en el actuar del empleador al no cancelar oportuna y debidamente las prestaciones laborales a la demandante; por lo que se confirmará la sentencia impugnada que condenó por este concepto.

Ante ello, al no proceder el recurso de apelación se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, fijando como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor de la demandante.

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 27 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

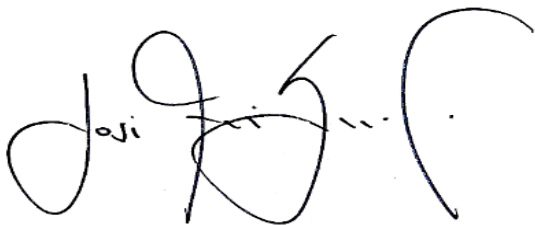
SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor de la demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 080, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 18 de septiembre de 2020.



Secretario