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

Cúcuta, Diez (10) de Diciembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2018-00213 00
RADICADO INTERNO:	19.009
DEMANDANTE:	DIGNERIS RANGEL ARENAS
DEMANDADO:	COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora DIGNERIS RANGEL ARENAS contra COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2018-00213 00, y Radicación interna Nº 19.009 de este Tribunal Superior, a conocer del Recurso de Apelación incoado por la demanda, además del grado jurisdiccional de consulta de la Sentencia del 12 de junio 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. ANTECEDENTES

La señora DIGNERIS RANGEL ARENAS interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES a través de apoderado judicial teniendo como pretensiones principales: Modificar el Dictamen No. 2015110072xx de fecha 04 de septiembre de 2015, que decretó PCL de 56.21% por enfermedad común, con fecha de estructuración 31 de julio de 2015 y en su lugar se decrete que tiene PCL superior al 66%. Modificar la Resolución No. 2015_9479424 de fecha 19 de febrero de 2016, por medio de la cual se reconoció pensión de invalidez, teniendo en cuenta el resultado de la PCL superior al 66% y que en consecuencia se ordene la reliquidación de su mesada pensional desde 01 de marzo de 2016 de acuerdo al IBL según artículo 40 de Ley 100 de 1993.

Como fundamento fáctico indico, que el día 04 de septiembre de 2015, fue calificada por medicina laboral de la demandada, para determinar su PCL, debido a las continuas incapacidades médicas por trastorno depresivo recurrente, episodio grave sin síntomas psicóticos, otras enfermedades específicas del esófago, desnutrición proteicocalorica moderada. Que el dia 21 de septiembre de 2015, fue notificada del Dictamen emitido por la junta medico laboral, con un PCL de 56.21% de origen común, fecha de estructuracion 31 de julio de 2015. Que la entidad demanda, reconoció pension de invalidez mediane Resolución 2015_9479424 de fecha 19 de febrero de 2016 segun articulo 40 Ley 100 de 1993. Que el dia 07 de mayo de 2018, la actora, solicitó modificar el dictamen y la Resolucion aludidos 2015110072 de fecha 04 de septiembre de 2015 y en su lugar decretar que tiene un PCL superior al 66% pero el 19 de junio de 2018 la demandada dio respuesta negativa.

La demandada admitió todos los hechos, pero se opuso a todas las pretensiones advirtiendo que la demandante no impugno el dictamen que pretende sea modificado, desconociendo así las disposiciones del artículo 41 de la Ley 100 de

1993. Propuso como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación pretendida, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del Grado Jurisdiccional de Consulta surtido con ocasión de la Sentencia del 12 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

> *"1. ESTABLECER QUE LA SEÑORA DIGNERIS RANGEL AREANAS TIENE UNA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL DEL 63,37%, CONFORME A LAS MOTIVACIONES DE LA SENTENCIA.*
>
> *2. ORDENAR A COLPENSIONES, RELIQUIDAR LA PENSION DE INVALIDEZ A LA SEÑORA DIGENERIS RANGEL ARENAS, TENIENDO ENCUENTA SU PERDIDA DE CAPACIDAD, CONFORME A LAS MOTIVACIONES DE ESTA SENTENCIA.*
>
> *3. ORDENAR A COLPENSIONES RECONOCER Y PAGAR LA DIFERENCIA CAUSADAS A PARTIR DEL 1 DE MARZO DE 2016, Y NO SE LE RECONOCEN LOS INTERESES DE MORA DEBERA REALIZARSE LOS DESCUENTOS SALUD, CONFORME A LAS MOTIVACIONES DE ESTA SENTENCIA.*
>
> *4. COSTAS A CARGO DE LA PARTE DEMANDADA COLPENSIONES, CONFORME A LAS MOTIVACIONES DE LA SENTENCIA."*

2.2 Fundamento de la decisión

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

Que la actora, según dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 2015 110072xx de fecha 4 de septiembre del año 2015, tiene un PCL equivalente al 56.21%, de origen común, estructurada a 31 de Julio de 2015.

Que la demandada, emitió la Resolución ENR 54305 de 19 de febrero del año 2016, resolvió reconocer y pagar pensión de invalidez a favor de la actora, desde el 1 de marzo de 2016, equivale a la suma de $1.403.555.

Que la actora, realizó reclamación administrativa solicitando modificación del dictamen y reliquidación, teniendo en cuenta los diagnósticos F332 Trastorno depresivo recurrente, episodio grave de careciente de síntomas psicóticos K228 y otras enfermedades especificadas del esófago E440, destruición proteicocalorica moderada y en respuesta de fecha de 19 de junio del año 2018, la demandada negó la solicitud.

Que el despacho, dispuso como prueba de oficio, realizar un nuevo dictamen a la actora, por lo cual, se ordenó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, hacer una nueva calificación, teniendo en cuenta todas las patologías alegadas y esta emitió Dictamen No. 37339782-1557, donde se establece un PCL equivalente a 63,37% estructurada a julio 31 del año 2015, riesgo común, y con fecha de declaratoria 16 de diciembre del año 2019.

Que, cuando se reconoce pensión de invalidez, se puede hacer calificaciones periódicas, para establecer el mejoramiento o el agravamiento de enfermedades que generan pérdida de capacidad laboral, por lo cual tuvo como valido el dictamen.

Que COLPENSIONES, debe tener en cuenta el aludido dictamen, en consecuencia, reliquidar el ingreso base de liquidación de su mesada pensional y la pensión reconocida con base en el PCL de 63,37% y pagar diferencias que surjan a favor de la actora, a partir de marzo 1 del año 2016.

Ordenó también, los respectivos descuentos de porcentajes por aportes en Salud y no reconoció intereses moratorios, dado que, es a través de la Sentencia que se reconoce el derecho pretendido.

Declaró, no prosperas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y condenó en costas.

Aclara que, el despacho no realiza la liquidación del total de la diferencia a reconocer y pagar, en virtud que, no cuenta con la documental y los valores correspondientes, ni la persona especializada para tal efecto.

3 DE LA IMPUGNACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES presenta recurso de apelación afirmando:

Que no le asiste derecho a la demandante, respecto a la modificación de la calificación de la invalidez, por cuanto, no manifestó su inconformidad con la decisión adoptada dentro del término de los 10 días siguiente, según lo índica en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

Que, en la modificación de dicho dictamen, la demandante debe estarse a lo regulado por el Decreto 019 del 2012, artículo 142, situación que no hizo.

Lo anterior, dado que, en los hechos de la demanda, se manifestó que solo hasta el 7 de mayo de 2018, mediante derecho de petición, solicitó la modificación del dictamen de calificación de invalidez de fecha 4 de septiembre de 2015, que fue notificado a la demandante el día 21 de septiembre del 2015.

Que no hay lugar a la reliquidación de la mesada pensional, habida cuenta que, la pretensión principal de modificación del porcentaje de calificación, no está llamada a prosperar.

Se opuso a las costas impuestas, por afirmar que COLPENSIONES en desarrollo en sus actos se desempeña dentro de los parámetros de la Constitución, la Ley, y el precedente jurisprudencial que permite conceder y negar prescripción ajustadas a derecho.

4. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

No presentó alegatos.

- **PARTE DEMANDADA:**

Reitera lo expuesto en primera instancia, tanto en los alegatos de conclusión, como en las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y esgrime los mismos argumentos de la impugnación.

Resalta que, COLPENSIONES no está llamada a reliquidar la pensión de invalidez a la señora DIGENERIS RANGEL ARENAS, por cuanto itera, no le asiste el derecho a

la demandante en que sea modificada la calificación de la invalidez N°2015110072 por no agotar en debida forma el trámite administrativo.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observa 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:

¿Era procedente ordenar a COLPENSIONES, modificar el PCL de 56,21% calificado mediante dictamen No. 2015110072xx de fecha 04 de septiembre de 2015 y en su lugar establecer PCL de 63,37%, según Dictamen No. 37339782-1557 de fecha 16 de diciembre de 2019 y como consecuencia de ello, reliquidar la respectiva pensión de invalidez otorgada mediante Resolución 2015_9479424 de fecha 19 de febrero de 2016 y pagar diferencias desde el 01 de marzo de 2016?

7. CONSIDERACIONES:

Procede la Sala a abordar el problema jurídico suscitado, de la siguiente manera:

Se empezará por advertir que, tal y como lo tiene adoctrinado de antaño la Corte Suprema de Justicia, la norma llamada a regular la pensión de invalidez de origen común, corresponde a la vigente para la fecha de estructuración del riesgo, como así lo advirtió en Sentencia CSJ SL777-2015, reiterada en Sentencia SL4335-2020:

> *"Esta Sala de la Corte ha sostenido con insistencia, como lo advirtió el Tribunal, que la norma llamada a regular el reconocimiento de una pensión de invalidez es la que se encuentra vigente en el momento en el que se estructura técnicamente el estado de invalidez y no la vigente en el momento en el que inicia o se agrava alguna patología."*

Desde esa orbita, en el caso que nos ocupa, por considerar que la fecha de estructuración fijada en el dictamen por medio del cual se estableció la pérdida de capacidad laboral a la actora, que permitió que esta alcanzara el grado de invalidez, es el 31 de julio de 2015 (Fol. 2-4).

En ese orden, la disposición normativa, aplicable al caso concreto, es el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que reza:

> *"Artículo 1°. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:*
>
> *Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*
>
> *1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.* "El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009".
>
> *2.* [...]
>
> *PARÁGRAFO 1.o. [...]*

> *PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años."*

Aclarado lo anterior, en el caso bajo examen, resulta un hecho patente que, mediante el aludido dictamen, a la actora se le califico la pérdida de capacidad laboral, con un porcentaje equivalente al 56.21%, de origen enfermedad y riesgo común, con una fecha de estructuración de 31 de julio de 2015, decisión comunicada a la actora el día 21 de septiembre de 2015 (Fol. 5), la cual se encuentra en firme, por no ser recurrida, según se extrae de las pruebas y afirmaciones de las partes.

En virtud de lo anterior, la administradora de pensiones demandada, emitió la Resolución No. 2015_9479424 de fecha 19 de febrero de 2016 (Fol. 6-8) por medio del cual dispuso reconocerle, el pago de la pensión por invalidez a partir del día 01 de marzo de 2016, por un valor de $1.403.555, correspondiente al 45% sobre un IBL de $3.119.012 al momento de la adquisición del estatus pensional, como quiera que acredito un total de 2.658 días cotizados, equivalente a 379 semanas.

Del plenario, también se vislumbra que, realizó reclamación administrativa a la demanda (Fol. 10-11), con idéntica pretensión a la aquí discutida, la cual resultó impróspera (Fol. 12-13), con argumento en la firmeza del Dictamen No. 2015110072xx de fecha 04 de septiembre de 2015.

En el marco del proceso judicial, el juez *a quo*, de manera oficiosa, resolvió ordenar a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, realizar calificación de pérdida de capacidad laboral con base en todas las patologías de la actora (Fol. 61) por el cual se emitió dictamen de calificación de invalidez No. 37339782-1557 de fecha 16 de diciembre de 2019 (Fol. 90-92) en el cual, se determinó una pérdida de capacidad de 63.37%, fecha de estructuración 31 de julio de 2015, origen enfermedad, riesgo común.

El dictamen en cita, fue puesto a consideración de las partes (Fol. 93), ante lo cual, únicamente, la demanda emitió reparos, sin realizar una real objeción (Fol. 94), razón por la cual, el juez lo declaró en firme, mediante auto que no fue recurrido (Fol. 95).

Analizado el caudal probatorio, en especial, el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, ésta Sala de decisión encuentra que, la decisión del juez de primera instancia se encuentra fundada, como quiera que les valido en virtud del principio de libertad probatoria, optar por el medio de prueba que estime más plausible, estén o no incorporados en el expediente.

Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL9184-2016, en la cual se estableció:

> *[…] tiene definido la Sala, que al interior de un proceso judicial en la calificación de la pérdida de capacidad laboral y el origen de una enfermedad o accidente, las Juntas de Calificación de Invalidez intervienen como auxiliares de la justicia, de suerte que la selección del órgano encargado de practicar el dictamen pericial es del es (sic) del resorte del instructor del proceso, en virtud del principio de libertad probatoria del que están asistidos los juzgadores de instancia no solo en cuanto a la valoración de los elementos de juicio incorporados al expediente, sino además al optar por el medio de prueba que estima más adecuado para demostrar los supuestos fácticos en que se soportan pretensiones y excepciones, sea que los decrete por su propia iniciativa, ora por petición de las partes.*

Así las cosas, al retomar el caso concreto, encuentra esta Sala que, no obró de manera errada el juez de instancia, al propender encontrar la prueba idónea para determinar la pérdida de capacidad laboral de la actora, a fin de contrastarla con la

pretensión base del litigio, indistinto de los reparos del recurso de alzada, enfocados a advertir que no se refutó el dictamen inicial, según los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, al encontrar una evidente variación en la pérdida de capacidad laboral de la demandante, que pasó de tener un de 56.21%, según dictamen 2015110072xx de fecha 04 de septiembre de 2015, realizado por la demanda, a1 un 63.37%, en Dictamen No. 37339782-1557 de fecha 16 de diciembre de 2019, emitido por la Junta Regional mencionada, era más que procedente, emitir una condena declarativa en el sentido de modificar la pérdida de capacidad laboral con base en esta nueva realidad.

Aspecto con el que está de acuerdo esta Sala, en el entendido que, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo preceptuado en el artículo 55 del Decreto 1352 de 2013, dichos dictámenes, son susceptibles de revisión cada tres (3) años a solicitud de las administradoras o en cualquier tiempo a solicitud del pensionado, con el propósito de evidenciar cambios en el estado de salud.

Ahora bien, pese a lo anterior, considera la Sala que, el juez a *quo*, sí erró, al no realizar el análisis, sobre el impacto de la modificación de la pérdida de capacidad laboral, en la mesada pensional percibida por la actora y reconocida mediante Resolución No. 2015_9479424 de fecha 19 de febrero de 2016.

Lo anterior, en atención a lo reglado en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 que reza:

> ***"ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.*** *El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:*
>
> *a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.*
>
> *b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.*
>
> *La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.*
>
> *En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.*
>
> *La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado."*

Aplicando esta norma al caso de la actora, se advierte que al momento de la estructuración del derecho el día 31 de julio de 2015, tenía 379 semanas con PCL del 56.21% pero desde el 16 de diciembre de 2019 la aumentó al 63.37%, manteniendo su pérdida de capacidad laboral en el rango superior a 50% pero inferior a 66% y por ende la disposición normativa aplicable al caso concreto, es la prevista en el literal a) del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, por la cual su mesada pensional de invalidez, necesariamente es el resultado de la aplicación del 45% sobre el IBL.

Así mismo, la actora no acreditó tener más de 500 semanas cotizadas, ni al momento de la estructuración del hecho, ni con posterioridad al mismo, dado que, del estudio

de la historia laboral aportada al expediente en medio magnético, a corte 02 de agosto de 2018, refleja un total de 417 semanas, siendo su última cotización el día 15 de mayo de 2016, para el periodo de abril de la misma anualidad.

Resulta entonces forzoso concluir, en gracia de discusión que, indistinto del porcentaje de pérdida de capacidad laboral usado de acuerdo al dictamen inicial y al practicado en el curso de este proceso, el monto de la mesada de la pensión de invalidez a percibir por la actora, ha se ser con base en la tasa de reemplazo del 45% sobre el IBL, quedando indemne, en atención a que dicha pérdida de capacidad nunca fue superior igual o superior a 66% y la decisión de primera instancia pese a trabajar sobre el mismo 63.37%, erróneamente ordena la reliquidación pensional.

Conclusión que debe revocarse al no haberse demostrado que la actora encajara dentro del precepto del literal b) del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, lo que hubiese permitido un incremento en la mesada equivalente al 54%, en consecuencia, no hay lugar a reliquidación alguna, al no presentarse una PCL superior a la que el parámetro normativo exige para acceder a las pretensiones y que fuera desconocido por el juez *a quo.*

En consecuencia, habrá de revocarse los numerales segundo al cuarto de la providencia impugnada y en su lugar, declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolver a COLPENSIONES de las pretensiones invocadas en su contra al no demostrar la parte actora una pérdida de capacidad laboral superior al 66%. Al revocarse la pretensión condenatoria, pero por las razones aquí esbozadas, se condenará en costas de ambas instancias a la parte actora y se fijan como agencias en derecho de segunda instancia a cargo de la actora la suma de $200.000.

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 los numerales segundo al cuarto de la sentencia del 12 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas; en su lugar, declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolver a COLPENSIONES de las pretensiones invocadas en su contra.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la providencia impugnada.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de ambas instancias a la parte demandante. Fijar como agencias en derecho de segunda instancia a cargo de la actora la suma de $200.000.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belen Quin G.

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado

ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

Secretario

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

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2014-00013-00
RADICADO INTERNO:	16.785
DEMANDANTE:	CARMEN ALICIA RODRÍGUEZ Y OTROS
DEMANDADO:	CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

San José de Cúcuta, diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

En atención a que a la fecha no se ha recibido respuesta del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, se ordena mediante Secretaría reiterar la solicitud probatoria ordenada en auto del 15 de julio de 2020 para que "*remita copia de las sentencias de primera instancia de fecha 16 de febrero de 1998 y de segunda instancia de fecha 28 de agosto de 1998, así como de la decisión dictada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que obran en proceso ordinario laboral adelantado por LUIS ALFREDO ROJAS GARCÍA, identificado con C.C. 1.912.167, cuyo radicado no obra en el expediente y tampoco fue posible identificar en el sistema Siglo XXI*"; teniendo en cuenta que a la fecha, solo ha sido posible recepcionar la decisión de segunda instancia que fue aportada por la parte demandada.

Líbrese el oficio respectivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada sustanciadora

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

Secretario

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

Cúcuta, Diez (10) de Diciembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2017-00276-00
RADICADO INTERNO:	18.646
DEMANDANTE:	EVER GARCIA RODRIGUEZ Y OTROS
DEMANDADO:	CONSTRUCTORA ROCHA S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EVER GARCIA RODRIGUEZ Y OTROS contra CONSTRUCTORA ROCHA S.A.S., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2017-00276-00, y Radicación interna Nº 18.646 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 14 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 EVER GARCIA RODRIGUEZ Y OTROS, mediante apoderado judicial, presentaron demanda ordinaria laboral contra CONSTRUCTORA ROCHA S.A.S., reclamando que se declare a la demandada responsable de la muerte del trabajador HECTOR ELI GARCIA MARQUEZ y que en beneficio de padres, hermanos, cónyuge e hijos se condene a la demanda a indemnización plena de perjuicios morales sufridos por los demandantes.

Como fundamento fáctico, expuso que el señor HECTOR ELI GARCIA MARQUEZ (Q.E.P.D.), suscribió contrato laboral con la demanda, por obra o labor, el día 28 de abril de 2014, como ayudante de obra y el día 24 de junio de 2014, se encontraba desarrollando trabajo de alturas, para construcción de chimenea para coquizar carbón. Que por acción del viento, el andamio usado, se precipitó, por lo cual, murió a consecuencia de lesiones contundentes, sufridas por caída de alturas, según dictamen de Medicina Legal en informe pericial de necropsia No. 20140101540010003334. Que según artículo 216 del CST, el empleador está obligado a indemnizar y según artículo 63 del Código Civil, al demandado le corresponde probar la diligencia que desarrolló para evitar accidente. Que correspondía a la demandada, la protección de la vida del trabajador según artículo 56 del CST, no obstante, no cumplió a cabalidad con lo previsto en la Resolución 1409 de 2012 del Ministerio de Trabajo aplicable por reglamentar protección contra caídas en trabajo de alturas.

Señaló que la ARL SURA, realizó la investigación del accidente de trabajo y se encomendó a través de la IPS AGESO LTDA colaboración en la realización de la misma. Que como resultado de la investigación, se extraen las siguientes conclusiones:

I. Los trabajadores caen de una altura certificada de 18 metros
II. El andamio se desestabilizó por falta de riostras o anclajes en todos sus verticales y fuertes vientos
III. Se realizó primero el montaje completo de la estructura de 18 metros y la misma permanecía izada utilizando puntos de anclaje soldado a una altura de 1.20 metros de la estructura metálica de la chimenea, permaneciendo estable durante 4 días
IV. Se omitieron procedimientos seguros de trabajo en alturas y las técnicas de montaje
V. Hubo exceso de confianza al realizar las actividades.

Que en el informe técnico, como árbol de causas del accidente de trabajo se indicó:

a) Método: falta de implementación de procedimientos seguros y permisos de trabajo en alturas e inadecuada supervisión y control de los trabajos que superan 1.50m
b) Maquinaria: falta de refuerzo de los puntos de anclaje en la estructura
c) Mano de obra: Evaluación insuficiente de las exposiciones a perdidas, falta de sociabilización de autocuidado, exceso de confianza
d) Medio Ambiente: Fuertes vientos

Conforme estos documentos explicó, que, visto el informe del accidente y las causales, la ARL SURA formuló plan de acción, señaló que como lección aprendida que, se debía asignar a persona encargada de coordinar los trabajos en alturas, para asegurar el armado de andamios multidireccionales técnicamente, de acuerdo a Resolución 1409 de 2012 artículo 19, verificando correcto anclaje y estabilidad de estructura. Hizo notorio que, la demandada, no aportó el estudio de las causas de la muerte con la contestación, omitiendo articulo 31 CPT numeral 2 parágrafo 1, documentos que estaban en su poder, indicio que podía ser deducido por el juez de la conducta de la parte según el artículo 241 del CGP.

Por su parte, la demandada, en la contestación, se opuso a todas las pretensiones, en cuanto a los hechos, reconoció que el señor HECTOR ELI GARCIA MARQUEZ (Q.E.P.D.) sostuvo relación laboral por obra o labor y lo parcialmente lo referente a su muerte. Manifestó que, suministró todos los elementos de seguridad, así como las capacitaciones necesarias. Que había culpa exclusiva de la víctima, por omisión en la verificación del anclaje a tierra del andamio y de la línea de vida. Que en efecto, la demanda solicitó a la firma AGESO LTDA la realización de una investigación para identificar posibles causas del incidente donde falleció la víctima. Que en el informe rendido por AGESO, además de lo dicho por el actor, también se extrae que dentro de las posibles causas que originaron el accidente, se encuentran los fuertes vientos en el sitio de trabajo.

Que en cuanto a las anotaciones de dicho informe, hace reparos sobre la que señala la falta de riostras o anclajes en todos los vértices del andamio. Resaltó que es falso, dado que se evidencian de las pruebas fotográficas arrimadas en la demanda, que existían varillas de hierro utilizadas con anclaje, entre otras lo que explica que haya podido durar izada la estructura por más de un día. Subrayó, la anotación que esgrime exceso de confianza al realizar las actividades, que género omisión de procedimientos seguros en el trabajo en alturas y técnicas de montaje.

Propuso como excepción previa, prescripción, dado que la víctima, falleció el día 24 de junio de 2014, desde dicha calenda, se deben contar los términos del artículo 151 del CPT y la demanda, fue presentada el día 27 de junio de 2017.

Como excepciones de fondo, propuso la de culpa exclusiva de la víctima, inexistencia de culpa patronal cobro de lo no debido, fuerza mayor, ausencia de legitimación del núcleo familiar para acceder a perjuicios morales, genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia 14 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de la prescripción propuesta por la apodera de Constructora Rocha S.A.S. en el escrito de contestación de la demanda por las razones dadas en la parte motiva.*
>
> *SEGUNDO: ABSOLVER a la sociedad Constructora Rocha S.A.S. de los cargos formulados en su contra por los señores EVER GARCIA RODRIGUEZ, EVERNAY GARCIA MARQUEZ, ERLY YADITH GARCIA MARQUEZ, GABRIEL GARCIA MARQUEZ, EDYS YOHANA GARCIA MARQUEZ, ANA DOLORES MARQUEZ GUEVARA, como se ha indicado en la parte motiva.*
>
> *TERCERO: CONDENAR en costas a la parte vencida."*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

Consideró que la discusión se centra en determinar si existía o no culpa patronal en cabeza de la demandada o por el contrario había culpa exclusiva de la víctima.

Hizo el estudio del objeto y el alcance de la culpa patronal y las responsabilidades que recen en el empleador para proteger a los trabajadores sobre el riesgo expuesto en el ejercicio de sus labores que surge del artículo 216 del CST, citando entre otras providencias, la SL 8195 de 1996 de la Corte Suprema de Justicia, que hizo un estudio sobre el particular en relación con la culpa del empleador y la culpa exclusiva de la víctima.

Estudió lo referente a la culpa compartida, citó la obra del autor Diego Alejandro Sánchez Acero, en la publicación "Un nuevo concepto de culpa" y citó sentencia SL12862 de 2017, donde la Corte Suprema ratifica que, la condena de una culpa patronal, se debe evidenciar la suficiente culpa del empleador en los accidentes o enfermedades derivadas del trabajo, generada por su omisión.

Estudió la prescripción propuesta por la parte demandada prevista en el artículo 151 del CPT, señalando que la misma nace con el paso del tiempo, cuyo término es de tres años, la cual puede ser interrumpida con un simple reclamo escrito.

En el caso de estudio, señaló que, tiene aplicación el artículo 151 del CPT y se refirió además a la Sentencia 4336 de julio 31 de 1991 y mayo 15 de 1995 Radicacion 7343 en los que se analizó un punto de similares características, donde la corte fijo una posición sobre artículo 90 y 91 del CPC. Que en materia laboral, una vez admitida la demanda, se considera interrumpida la prescripción, desde la fecha en que fue presentada y la sola presentación de la demanda, interrumpe los términos de prescripción, dado que no se aprecia que se hubiera realizado alguna reclamación previa a la parte demandada, que hubiera dado interrupción, razón que generó el estudio de la excepción como de fondo dado que podría surgir una prueba en esa dirección.

Que, el 24 de junio de 2014, tuvo lugar el accidente que genero el deceso del señor HECTOR ELI GARCIA MARQUEZ, por su parte la demanda fue presentada el 27 de

junio de 2017 y por ende transcurrió el término prescriptivo de tres años señalado para las acciones laborales, pues no se dio interrupción alguna, por lo tanto, la excepción estaba llamada a prosperar y absolvió a la demanda.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 Parte demandante

Solicitó revocar la decisión adoptada de considerar próspera la prescripción extintiva.

Considero que estaba errada la aplicación del método jurídico, dado que la aplicación del conteo usado, se realizó con sustento en normas sustanciales y no en normas procesales.

El conteo de los términos o plazos según jurisprudencia de Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 20 de febrero 2019 SL981 de 2019 radicado 74084 MP Clara Cecilia Dueñas, señala que preavisos y demás situaciones del vínculo de trabajo, debe ser continuado y el desenvolvimiento no se trunca con días feriados.

En Sentencia SL 2739 de 1989, señaló que los días del contrato de trabajo, no son hábiles sino corridos, que ciertos plazos como el preaviso para la terminación del contrato a término fijo entre otros, son comunes o calendario.

Bajo esa misma lógica, el cálculo de tiempo de servicios necesarios para acceder a prestaciones económicas del contrato de trabajo, debe incluir el día de inicio del contrato de trabajo y realizarse según el calendario, descartando aplicación del artículo 67 del Código Civil, conforme al cual, el primero y el ultimo de día de un plazo de meses o años, deberá, tenerse un mismo número en los respectivos meses, bajo la idea que los tiempos de servicios laborales no son en estricto sentido términos.

Que el conteo de términos de prescripción de la acción, establecido en el artículo 151 del CPT es un término procesal, al cual no le es aplicable, el método de conteo establecido en los artículos del artículo 67 y 68 del Código Civil que rigen términos sustanciales civiles.

Que el CPT no establece norma para establecer el conteo de términos, por reenvió normativo del 145 del CPT, se remite al 118 del CGP y en ese orden, considera que los términos se cuentan desde el día siguiente a aquel que acontece el hecho o circunstancia que lo desencadena.

Que la situación fáctica del proceso, indica que la víctima, falleció el día 24 de junio de 2014, como el artículo 151 del CPT establece tres años para que operara término de prescripción, refiere que la demanda debía interponerse hasta el 24 de junio de 2017, pero fue día sábado, el 25 domingo y el lunes 26 fue festivo, por lo cual, según numeral 2 del artículo 1 de la Ley 51 de 1983, ninguno de tales días, era hábil para conteo de términos procesales.

Lo anterior, conforme al inciso 7 del artículo 118 del CGP, como vencimiento ocurre en día inhábil, se extenderá hasta el día hábil siguiente, en este caso, el 27 de junio de 2017, fecha en la cual se interpuso la demanda.

Por lo tanto, considera que se debe declarar la revocatoria de la declaratoria de la prescripción, para en su lugar, conceder las pretensiones de la demanda y de su reforma.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes no presentaron alegatos de conclusión.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

Determinar ¿Si había lugar a la declaratoria de la excepción de prescripción y en consecuencia absolver a la demanda? O en su lugar ¿Había lugar a declarar la culpa patronal pretendida por la muerte del señor HECTOR ELI GARCIA MARQUEZ, ocurrida el día 24 de junio de 2014 y como consecuencia, acceder a la respectiva indemnización a favor de los actores por el daño causado?

7. CONSIDERACIONES:

En consideración a que en la decisión de primera instancia, se determinó por parte del juez a quo, la declaratoria de la excepción de prescripción y se absolvió a la demanda de la culpa patronal y sus respectivas consecuencias indemnizatorias en favor de los demandantes, por discurrir que, la acción fue instaurada cuando ya había transcurrió el termino prescriptivo de tres años previsto en el artículo 151 del CST, sin evidenciarse interrupción alguna.

En esa medida, considera la Sala que, se incurrió en una indebida valoración jurídica de las pretensiones y excepciones que conforman esta litis, pues la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica y reiterada, ha indicado que previo a abordar el estudio del medio exceptivo de prescripción, es indispensable abordar primero si existe el derecho reclamado, pues "*solo puede prescribir lo que en un tiempo tuvo vida jurídica*" y para ello la providencia SL1245 de 2009, reitera el criterio expuesto desde sentencia en Rad. 28.701 del 1 de agosto de 2006, que expuso: "*bastan las reglas de la lógica que nos indican que, para poder entrar a estudiar y decidir la excepción de prescripción, se hace necesario haber determinado previamente la existencia del derecho*".

Ante ello, previo a cualquier disertación sobre la excepción de prescripción declarada y los argumentos del apelante, se debe entrar a verificar si existió el derecho invocado y solo en caso de ser demostrado, dirimir si sobre el mismo operó el fenómeno prescriptivo.

Desde esa orbita, corresponde esclarecer sí, el deceso del señor HECTOR ELI GARCIA MARQUEZ, ocurrido el día 24 de junio de 2014, se presentó por culpa de la demandada CONSTRUCTORA ROCHA S.A.S. y si ante ello hay lugar a las condenas reclamadas en su contra, a favor de EVER GARCIA RODRIGUEZ padre, ANA DOLOES MARQUEZ GUEVARA madre, ESLENDY LISETH GARCIA MARQUEZ, EVERNEY GARCIA MARQUEZ, ERLY YADITH GARCIA MARQUEZ, GABRIEL GARCIA MARQUEZ, EDYS JOHANA GARCIA MARQUEZ hermanos, KAROLL YOLIMA SANCHEZ CRUZ cónyuge, SHARIC YULIANA GARCIA SANCHEZ hija, KEVIN SNEIDER GARCIA AREVALO hijo.

Se tiene que el artículo 216 del C.S.T refiere que se configura la culpa patronal "*Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente del trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización*

total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo"

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL633 del 26 de febrero de 2020 siendo Magistrado Ponente el Doctor GERARDO BOTERO ZULUAGA señaló lo siguiente: *"la institución jurídica de la indemnización plena de perjuicios, estatuida en el artículo 216 del C.S.T, pretende, precisamente, el resarcimiento del daño que se origina por razón o con ocasión del trabajo, pero cuya ocurrencia se encuentra ligada a la responsabilidad subjetiva del empleador. En otros términos, para que se abra paso al resarcimiento en comento, es preciso que, además de* ***la demostración del daño a la integridad o a la salud del trabajador, con ocasión o como consecuencia del trabajo****, se encuentre suficientemente comprobada* ***la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional****, esto es, que exista prueba certera del incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, que conforme al artículo 56 ibidem., de modo general, le corresponden****, y el nexo causal****, con el accidente o enfermedad profesional padecida".*

Procede entonces la Sala a analizar si, en el caso bajo estudio, están configurados los 3 elementos para la procedencia de la indemnización plena de perjuicios por culpa patronal: Daño, culpa del empleador y nexo causal.

7.1 El Daño.

De las pruebas obrantes al expediente, se tiene por demostrado que el señor HECTOR ELI GARCIA MARQUEZ, falleció el día 24 de junio de 2014, mientras estaba realizando trabajo de alturas en ejercicio de sus funciones contractuales.

Que el aludido accidente, fue descrito de la siguiente manera en el informe de accidente de trabajo, rendido por la IPS AGESO LTDA, realizado al día siguiente del accidente, esto es, 25 de junio de 2014, a solicitud de la demandada (Fol.138-148) con el fin de ser remitido a la ARL SURA:

> *"Los trabajadores… ingresaron a la obra el día 24 de junio a las 7:00 am al proyecto de la Constructora Rocha S.A.S. ubicado en Urimaco del Municipio de San Cayetano.*
>
> *Manifestaron según testigos que aproximadamente a las 10:00 a.m., fuertes vientos desestabilizaron la estructura certificada, abriéndose los ganchos de hierro que la sujetaban, produciéndose la caída del mismo con los dos trabajadores que se encontraban asegurados en la parte superior de la estructura con su equipo de protección contra caídas, golpeándose contra el suelo.*
>
> *Los trabajadores son auxiliados… trasladándolos en un vehículo al policlínico de Atalaya del municipio de San José de Cúcuta en donde fallecieron al parecer por politraumatismos"*

En consecuencia, no es objeto de discusión su ocurrencia por las partes ni que el trabajador falleció en ejercicio de sus funciones.

6.2 La culpa del empleador.

Con respecto al segundo presupuesto a que hace referencia el artículo 216 del C.S.T para entender configurada la culpa patronal, esto es la prueba de que el fallecimiento del señor HECTOR ELI GARCIA MARQUEZ fue consecuencia de la negligencia de su empleador en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que "…***no basta la sola afirmación genérica de la falta de vigilancia y control del programa de salud ocupacional en la demanda****, sino*

que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió el incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador, el cual, a su vez, ha de tener nexo de causalidad con las circunstancias que rodearon el accidente de trabajo generador de los perjuicios, las que igualmente deben ser precisadas en la demanda".

Sobre el ejercicio probatorio en los procesos de responsabilidad o culpa patronal, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL13653 del 7 de octubre de 2015, Rad. 49.681 y M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, ha desarrollado las reglas relativas a la carga de la prueba, en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo así:

> "*…en primer lugar, esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que «…la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo…» (CSJ SL2799-2014).*
>
> *Adicionalmente, a pesar de lo anterior, «…cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores.» (CSJ SL7181-2015).*
>
> *Esto es, la Corte ha reivindicado históricamente una regla jurídica por virtud de la cual, por pauta general,* ***al trabajador le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador*** *en la ocurrencia de un accidente de trabajo,* ***pero, por excepción****, con arreglo a lo previsto en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1604 del Código Civil,* ***cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba*** *y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores*."

En aplicación de estas reglas jurisprudenciales y de las disposiciones normativas anteriormente referenciadas, vemos que desde la demanda se imputa como conducta al empleador CONSTRUCTORA ROCHA S.A.S. la violación y no observancia de todo el protocolo de seguridad previsto para desarrollar trabajo en atura reglado por la Resolución No. 1409 de 2012.

Acusando también la parte demandante la negligencia del empleador en el accidente laboral, por exponer al trabajador a estos factores de riesgo, resaltando a su vez, la existencia de una instalación inadecuada y el incumplir su deber de protegerlo de manera preventiva, considerando las corrientes de viento como un elemento siempre presente que no es imposible de prever.

Para resolver la controversia, es importante referirnos a la normatividad y jurisprudencia que determinan y delimitan la responsabilidad que le asiste al empleador en el desarrollo de la actividad laboral del trabajador de una manera segura, previniendo la ocurrencia de un accidente laboral; es así como en los numerales 1 y 2 del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo, se consagra el deber a los empleadores de *«…Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores»,* y procurarles *«locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud».*

De igual manera, el artículo 348 del mismo estatuto preceptúa que, toda empresa está obligada a *«suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores»,* y adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, lo cual guarda armonía con las disposiciones en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de *«proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad»* (art. 2 R. 2400/1979).

En casos como el presente, ha agregado la Corte Suprema de Justicia que cuando "*…se atribuye una actitud omisiva del empleador, como causante del accidente de trabajo, ha dicho esta Sala de Casación Laboral que corresponde a este «demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, mediante la aportación de pruebas que acrediten que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores»*, postura reiterada recientemente en Sentencia SL2617 del 4 de julio de 2018, rad. 60.203 y M.P. CECILIA DURAN UJUETA, y de la cual se puede concluir que cuando se señala que el patrono ha incurrido en una omisión y la misma es causa del accidente profesional, es a éste quien ostenta la carga de la prueba para demostrar que dicha omisión no sucedió y que por el contrario cumplió con sus obligaciones legales.

Para el caso concreto, la Resolución 1409 de 2012 expedida por el Ministerio del Trabajo regula lo correspondiente a la protección contra caídas en trabajo en alturas.

Ahora bien, revisando el material probatorio frente al cumplimiento de las obligaciones de prevención y cuidado de La Empleadora, la Sala destaca los siguientes grupos de evidencias

1) Contrato individual de trabajo por la duración de obra o labor, en el cargo de ayudante de obra con fecha de inicio 28 de abril de 2014 y certificación laboral (Fol. 10-13).
2) Cumplimiento del deber legal de afiliación a riesgos laborales, según el certificado de afiliación a ARL SURA, con fecha de inicio de la afiliación 28 de abril de 2014 (Fol. 14).
3) Diploma y certificado de realización y aprobación de curso avanzado trabajo seguro en alturas expedido por el SENA, con una fecha de expedición de 25 de junio de 2014 *(un día después del deceso),* malla curricular y listado de asistencia, con una duración de 40 horas (16 teoricas-24 prácticas) (Fol.82-94).
4) Sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo implementado desde marzo de 2014, con asesoría IPS AGESO LTDA, matriz de dotación de EP, EPC y herramientas, plan de prevención y control de emergencias, procedimiento para trabajo seguro en alturas, plan de rescate en alturas, procedimiento de permiso de trabajo en alturas de la demandada, fotos y videos capacitación (Fol. 100 CD).
5) Material fotográfico del día del accidente, video de instrucción del armado del andamio previo al accidente (Fol. 156 CD).
6) Factura compra y certificación sistema de andamiaje multidireccional y multifuncional (Fol. 72-74).
7) Factura de compra uniforme y elementos de protección, sin que se vislumbre prueba de su respectiva entrega (Fol. 76-79 y 81).
8) Concepto de examen médico laboral de ingreso, donde se vislumbra aptitud favorable para trabajo en alturas, de fecha 22 de mayo de 2014.
9) Reporte investigación accidente de trabajo y concepto emitido por ARL SURA con apoyo de IPS AGESO LTDA (Fol. 138-149).
10) Oficio radicado No. 20184000001901 de fecha 23 de febrero de 2018, emitido por el IDEAM, a solicitud de parte demandada, con información sobre comportamiento de la temperatura del aire, presión atmosférica, precipitaciones, dirección y velocidad del viento durante el día 24 de junio de 2014 desde las 01:00 hasta las 24:00 horas, de acuerdo con información disponible en el banco de datos de la estación meteorológica Aeropuerto Camilo Daza. (Fol. 158-164).

11) Se destaca el **interrogatorio de parte** rendido por la señora Adriana Rocha Forero en su condición de Representante Legal de la demandada, quien indicó a grandes rasgos:
Que la empresa tiene experiencia de más de 15 años, que, por política de la empresa, se hace toda la documentación y se analiza a fondo las causas del accidente de trabajo.
Que se realizó la investigación, mediante empresa externa IPS AGESO con asesoría de ARL SURA, al día siguiente de los hechos.
Reconoció que, como conclusión de la investigación, el andamio se desestabilizó por falta de riostras o anclajes en todos sus vértices, pero adicionó que se encontraron otros factores como el viento.
Indicó que en el momento en que se precipito, estaban haciendo amarre a algunas partes de la estructura, que ya habían hecho en concreto cimentados en la base.
Que la construcción del andamio estaba siendo supervisada por el ingeniero interventor y el maestro de obra.
Que el señor Héctor Eli no tenía línea de vida, dado la misma se instala una vez izado el andamio, que la protección es el anclaje en la base.
Que, al momento de caerse el andamio, tenía una altura de 15 metros aproximadamente.
Que todos los trabajadores tuvieron capacitación, en el curso de alturas en el SENA y posteriormente fueron capacitados internamente por parte de un ingeniero especialista en armado de andamios.
Que el actor falleció a raíz de la caída del andamio, que pese a que llegó vivo falleció en la clínica.

12) De los **testimonios** escuchados se destacan los siguientes:

- **Jesús Alberto Méndez**, Ingeniero Industrial, interventor de obra civil, encargado de la parte técnica de todas las obras de la demandada, quien, a su vez, según la declaración, informó que fue el encargado de capacitar a los trabajadores en lo referente a montaje de la estructura del andamio utilizado en la obra donde ocurrió el deceso, que además informó era novedoso para ellos en ese entonces.
  Sostuvo que el personal estaba certificado y tenían el conocimiento para desarrollar el trabajo en alturas, por lo cual se les indico como armar el andamio el día anterior a que inicio el proceso de ensamble sobre lo cual hay registro en video dentro del expediente.
  Que el día del deceso, no presenció los hechos, se enteró por conducto del ingeniero residente de obra, que el andamio se había caído, hecho que ocurrió cuatro días después de la capacitación.
  Señaló que, la constructora adelantó las medidas de seguridad, consistente en tener una persona encargada del SISO, coordinares, permisos de alturas, con estrictos protocolos.
  Que según le informaron, el andamio no estaba asegurado a los pilotes pese a que estaban trabajando personas, al indagársele sobre el porqué, indicó que con su experiencia como coordinador de alturas, él no se hubiera subido al andamio si no estuviera asegurado, que eso es una norma de autocuidado, que no acataron quienes se subieron.
  Que en su experiencia, el andamio, no tenía línea de vida, porque estaba en el proceso de armado.

- **Luis Emilio Chiguasuque Cepeda**, era el encargado de la obra y supervisor del serlo Héctor Eli, con 14 años de experiencia en construcción de hornos y chimeneas.
  Indicó que, para la estructura se hizo una placa, se anclo el andamio con dos varillas soldadas a la base del andamio, que trabajaron todo el sábado y dejaron armado, más o menos a unos 10 metros de altura, que el día de los hechos era un día martes y continuaron el proceso.

Que al momento del accidente, se les indicó que debían bajarse porque estaba haciendo mucho viento, pero que Héctor no lo hizo inmediatamente y el andamio cayó.
Que tanto el día de los hechos como en los días anteriores y posteriores había hecho mucho viento.
Indicó que en materia de seguridad, la constructora, entregaba elementos de seguridad a los trabajadores, dotación y elementos de protección y lo de trabajos en alturas.
Que con posterioridad al hecho, se pudo corroborar que los trabajadores no habían terminado debidamente el curso de alturas, porque habían logrado un acuerdo con el tutor para efectos de reducir la intensidad horaria.

- **Elix Alejandro Bayona Arévalo**, ingeniero civil, que se desempeñó como ingiero residente de la obra donde ocurrieron los hechos, señalo:
  Que los trabajadores fueron capacitados en el curso de alturas, que se les dio instrucción sobre los andamios con el ingeniero Jesús.
  Que al momento del accidente, no estaba en el lugar de los hechos, que estaba a unos 200 metros.
  Que el andamio quedó más o menos a unos 12 o 14 metros de altura.
  Que en el momento de los hechos, estaban el trabajador terminando de ajustar la estructura.
  Que se fundió una placa en concreto, que se hicieron los cuatro puntos e anclaje del andamio, que en la parte de debajo de la chimenea, se estaba justamente amarrado unas guayas para sujetar el andamio.
  Que la empresa contaba con todos los elementos de seguridad, que se hizo capacitación en alturas, que había un andamio certificado, que no es usual en construcciones por el costo, que eso representa,
  Que la empresa tenía unas medidas de seguridad establecidas, uso de arnés, línea de vida, amarrar con guayas y anclar el armado.
  Que en su percepción, se derivó el accidente de los vientos, que hay evidencias que el aire hasta partió una palma según se registró en fotos porque fue algo extraordinario.

- **Wilder Albarracín** empleado de la constructora, como ayudante de obra, indicó que era compañero de trabajo del señor Héctor, con experiencia de alrededor de tres meses en construcción.
  Afirma que los vientos eran normales, pero los andamios se levantaron.
  Que hubo fallas en la seguridad, que el área no estaba asegurada, que no había anclaje sobre el sostenimiento de guayas, un peso sobre la parte inicial y lo principal que es la línea de vida, afirma que no estaban asegurados, que estaban anclados al mismo andamio, que, al caer los trabajadores, gritaban desesperados.
  Que en el hecho había 4 personas, murieron 2 trabajadores, que los otros 2, en ese momento se habían bajado.
  Que en el momento del accidente, el señor Héctor quedo vivo, se alcanzó a parar y sangraba, el compañero murió en el hecho, que fue un momento de desespero, no había ni siquiera un carro para auxiliar, tanto que usaron un carro que estaba descargando material, supo que se murió en el camino, no sabe si alcanzo a llegar al centro de salud.
  En cuanto al clima, manifestó que por lo general vente en ese lugar, que ese día el viento fue normal.

- **Amílcar Ocampo Zambrano**, manifestó que trabajo en parte administrativa, manejo el personal y recursos humanos de la constructora.
  Que el día de los hechos hubo muchos vientos, como así había ocurrido los últimos días.
  Que a la hora de los hechos hubo una ráfaga fuerte, que hizo que el andamio cayera.

Que el ingeniero jefe de obra, es el encargado de adoptar cualquier medida de seguridad, pero desconoce si estaba presente en el lugar al momento del hecho.
Que estaba a 100 metros del hecho, que al percatarse de los vientos procuro dar aviso al ingeniero pero no alcanzó a llegar y el andamio cayó.
Que los andamios fueron certificados, que se hizo una capacitación y se hizo incluso un video para esa instrucción, que cuando se cayó, ya estaba anclado con unas guayas de soporte parte de dicho andamio y estaba armado sobre una base sólida.
No contaban con persona calificada para asistir y supervisar el asunto en materia de seguridad.

Al contrastar todas las pruebas en conjunto, no existe duda, que se presentó un accidente laboral, que derivó en la muerte de dos trabajadores dentro de los cuales se encontraba el Señor Héctor Eli Garcia Márquez.

Respecto del cumplimiento de las exigencias previstas en la Resolución 1409 de 2012, se tiene que el empleador procuró cumplir con las obligaciones previstas en el artículo 3, en especial, la de realizar exámenes médicos ocupaciones para determinar aptitud de trabajo en altura (Fol. 80), contar con programa de SG-SST) e incluir el programa de protección contra caídas (Fol. 100), suministrar equipos de protección y procurar capacitación antes de iniciar labores según las declaraciones que fueron reiterativas y consistentes en dicho sentido.

No obstante, se vislumbra que, se omitió cumplir a cabalidad con el deber de cubrir todas las condiciones de riesgo, pues no se adoptaron medidas compensatorias eficaces contra caídas, máxime si se tiene en cuenta los riesgos generados por los vientos, dado que no se aseguró de contar con un coordinador de trabajo en alturas, ni la respectiva supervisión permanente, mucho menos, la capacidad de activar un plan de emergencia, según se extrae de lo dicho en el testimonio de los Señores Albarracín, Chiguasuque y los ingenieros Méndez y Bayona

No obstante, también se extraen omisiones por parte del trabajador, según las disposiciones del artículo 4, como quiera que, no asistió en debida forma al programa de formación en alturas, en los términos del artículo 11, de lo cual, se puede inferir que, si bien la constructora demanda, procuró la inscripción y la formación a través del SENA, lo cierto es que, no tuvo la debida diligencia para verificar que los trabajadores culminaran a cabalidad la formación según lo dicho por el señor Chiguasuque, sumado a un hecho no menor visto en el certificado y diploma expedido por dicho centro de formación, donde se aprecia que la fecha de expedición es el día 25 de junio de 2014, es decir, un día después de la muerte del señor Héctor Elí Garcia Márquez, lo que permite deducir sin mayor elucubración, que no exigieron la formación mínima de 40 horas, ni su acreditación previa a la realización de la labor.

Respecto del andamio usado para acceder al trabajo en alturas, resulta patente que el mismo, contaba con todas las certificaciones (Fol. 73-74), además que, según lo dicho por el ingeniero Méndez, era un sistema robusto, corroborado por lo dicho por el ingeniero Bayona, quien, además, afirmo que es un sistema poco usual en las obras de construcción, debido a su alto costo, por lo cual se evidencia que se cumplió lo exigido en el artículo 18.

Frente a la línea de vida, según los términos del artículo 20, se vislumbra que si bien quedo probado que los trabajadores estaban suspendidos a una altura considerable, contaban con arnés, sujetado a su vez, a la estructura del andamio, sin embargo, la misma no fue suficiente, en el entendido que fallaron los sistemas de anclaje de la base, según se extrajo de todas las declaraciones.

También, es claro que, no se tuvieron en cuenta, medidas de protección pasivas, como la instalación de un sistema de red para evitar un eventual impacto según lo

sugiere el artículo 22, como tampoco se evidencia el cumplimiento de medidas activas, como la línea de vida vertical u horizontal o la instalación de anclajes fijos, debidamente probados, como quiera que, más allá de lo afirmado en relación con las medidas relativas a la instalación de ganchos sujetos a la chimenea, derivadas de lo dicho por el ingeniero Bayona y Méndez, así como por la representante legal, ninguna probanza obtenida, permite inferir que a la instalación de los anclajes fijos de las bases, o los aludidos ganchos, se les realizó pruebas de fuerza, para comprobar su funcionalidad, más allá de lo dicho por el señor Chiguasuque, quien afirma que la estructura permaneció izada desde el sábado anterior, hasta el día martes, cuando tuvo lugar la ocurrencia de los hechos, que al subir nuevamente, iban verificando y reforzando los amarres de la estructura.

En igual sentido, se puede colegir que, si bien contaban con un plan de emergencia diseñado(Fol. 100), es claro que el mismo no fue implementado, según lo dicho por el señor Albarracín, quien afirmo que no había quien prestara primero auxilios, ni siquiera un vehículo dispuesto en caso de emergencias, tanto así que, tuvieron que llevar al señor Héctor Eli Garcia Márquez, en un vehículo que estaba descargando material hacia el centro de salud más cercano, corroborado con lo dicho por el ingeniero Méndez, quien afirmó que, en dicho vehículo, aun iba con vida, pero no recibió atención inmediata, lo que permite razonar que, no se dispuso plan eficaz en ese sentido.

Ahora bien, también es un hecho probado, según se extrajo de las declaraciones y soportado informe rendido por el IDEAM, que en hora y día de los hechos, los vientos incrementaron su velocidad de 8,7 Km/Hr a 31,7 Km/Hr, más allá de lo dicho por el Señor Albarracín, lo que evidencia que hay un hecho que podría enmarcarse como una fuerza mayor por ser un hecho externo.

No obstante, la irresistibilidad e imprevisibilidad del mismo, queda en entre dicho, dado que, según se extrajo de las declaraciones, tanto el día de los hechos como los días previos, los vientos fueron una constante, por lo cual, era un elemento que había sido considerado para la labor desarrollada, por lo tanto, el argumento deprecado, como defensa en atención a esa causal, no adquiere la suficiente entidad para derruir la pretensión.

Por último, del resultado de la investigación del accidente de trabajo, adelantada por la IPS AGESO y corroborado por la ARL SURA (Fol. 138-149) queda claro que:

1) Los trabajadores cayeron de la estructura que pese a ser certificada, se desestabilizó por falta de riostras o anclajes en todos sus verticales, además de los fuertes vientos.
2) Se construyó la estructura sin las debidas ristras o anclajes, basados en la seguridad suministrada por el la soldadura de anclajes a una altura de 1.20 metros que fue insuficiente.
3) Se omitieron procedimientos seguros de trabajo en alturas y técnicas de montaje
4) Hubo exceso de confianza al realizar las actividades.

Basado en todo lo anterior, si bien se denota una comprobada negligencia por parte del trabajador, al no cumplir a cabalidad con la realización del curso de alturas, además de omitir la orden sobre el descenso en virtud de los vientos, que adicional a ello, se pudo establecer que, hubo un hecho externo como la velocidad del viento que incremento ostensiblemente el día y hora de los hechos, también quedó claro que, el empleador demandado, omitió sendas exigencias para desarrollar el trabajo en alturas adelantado para precaver situaciones como las acontecidas.

En ese estadio, sobre la ausencia de culpa patronal ante la conducta imprudente de la víctima o trabajador en la ocurrencia del accidente de trabajo, argumentos que fueron argumentos ampliamente defendidos por la defensa, tanto en la contestación de la demanda, como en los alegatos de Conclusión, la Sala de Casación Laboral de

la Corte Suprema de Justicia mantiene dos posturas a identificar; la primera, identificada en sentencia CSJ SL16792-2015, donde se manifestó:

> *[…] Así las cosas, en criterio de esta Sala de la Corte, no erró el Tribunal al concluir que el siniestro en el que perdió la vida Orlando Méndez Vera obedeció a su imprudencia, dado que ignoró sus obligaciones relacionadas con la seguridad industrial, y previamente a la actividad laboral que desarrolló, omitió tramitar la autorización establecida precisamente para prevenir accidentes de trabajo y sus nefastas consecuencias, medida adoptada por la empresa que actúo con la diligencia y cuidado que los hombres ordinariamente emplean en sus negocios o la que emplea un buen padre de familia, según los postulados del art.63 del C.C.*
>
> *Dicho de otra manera y en términos de los mandatos contenidos en los artículos 57-2 y 58-7 del C.S.T., en su orden, los empleadores están obligados a «[p]rocurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud» y éstos a su vez deben «[o]bservar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales».*

No obstante lo anterior, existe una segunda postura del Alto Tribunal que se desprende de diversas providencias, entre otras, en las sentencias CSJ SL5463-2015, CSJ SL10194-2017, CSJ SL9355-2017, CSJ SL2824-2018 y CSJ SL1911-2019 y recientemente reiteradas en Sentencia SL 4208-2020, que señala:

> "*la conducta pasiva y negligente del empleador que no se desvirtuó en el curso del proceso, en cuanto en su defensa se limitó a invocar la culpa del trabajador que, de existir, no lo exime de responsabilidad. (…) La responsabilidad de la empresa en el accidente laboral no desaparece en el evento de que este ocurra también por la concurrencia de un comportamiento descuidado o imprudente del trabajador, toda vez que, conforme al tenor del artículo 216 del CST, en la indemnización plena de perjuicios a consecuencia de un siniestro profesional con culpa del empleador no se admite la compensación de culpas"*

Por lo anterior, la primera postura defiende que ante la demostrada e innegable imprudencia del trabajador frente a la evidencia de que la demandada garantizó los elementos razonables de salud y seguridad, se procede a exonerar al empleador; mientras la segunda mantiene que, ante la demostrada concurrencia de culpas tanto del empleador como del trabajador, igual se debe imponer condena a cargo de quien tenía la obligación de cuidado.

Para el caso concreto, a la luz del análisis probatorio anteriormente expuesto, identificando los diferentes elementos aportados al proceso por ambas partes, ésta Sala de Decisión, no puede descartar un acto descuidado o imprudente del trabajador quien no solo, no adelantó cabalmente el curso de alturas, sino que desatendió instrucciones frente al riesgo y omitió el debido cuido, no obstante, esta circunstancia, por si sola, no releva la responsabilidad que recae sobre la constructora demanda, en los términos del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo tanto, se encuentra acreditada la culpa del empleador en el infortunio, que redundó en la muerte del señor Héctor Eli Garcia Márquez el día 24 de junio de 2014.

Desde esa orbita, seria del caso condenar a la demanda Constructora Rocha, dado que se vislumbra el daño, la culpa y el nexo causal, de no ser, por la excepción de prescripción, invocada en la defensa, la cual, fue reiterada en los alegatos de conclusión y declarada como probada por el juez *a quo* en su decisión.

En ese contexto, al estudiar los argumentos esgrimidos en la apelación, tendientes al traslado del término que vence en un día no laboral y/o festivo, al día hábil

siguiente, para efectos de la prescripción de las acciones, conforme lo resolvió del juez, la mima ha de ser desestimada, con fundamento en la posición frente a la operación y declaratoria de prescripción fijada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha sido clara al indicar que los términos de meses y años se cuentan de fecha en fecha, en Sentencia del 30 de octubre de 2012, Rad. 40.480 y M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, se dice:

> "*esta Sala de la Corte de tiempo atrás, tiene dicho sobre el particular, que tratándose de plazos o términos de meses o años, el primero y el último día del plazo o del término, deben tener el mismo número de los respectivos meses, esto es, deben contarse de fecha a fecha. En efecto, en sentencia de 4 de diciembre de 2002, con radicado 18991 se expuso:*
>
> ***"(...) el criterio existente respecto de ese punto, pues tratándose de plazos o términos de meses o años el primero y el último día de tales periodos deben tener el mismo número en los respectivos meses. Así lo dijo la Sala en sentencia de 7 de julio de 1992, radicada con el número 4948"***.

Esta última Jurisprudencia, hace énfasis en el artículo 59 de la ley 4 de 1913 que expresa "*Todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención legal, se entenderán que terminan a la medianoche del último día del plazo. Por año y por mes se entienden los del calendario común*", y concluye sobre esta que "***resulta a simple vista que tratándose de plazos o términos de meses o años el primero y el último del día del plazo o del término deben tener el mismo número de los respectivos meses. Esto es, y para decirlo aún de manera aún más grafica si se quiere, los plazos o términos deben correr de "fecha a fecha***".

Es así como, jurisprudencialmente se ha avalado la interpretación que se ha aplicado al presente asunto, en tanto es un criterio que ha asumido este Tribunal, razón por la cual, ha de colegirse que, la oportunidad para presentar la demanda, corría desde el 24 de junio de 2014 al 24 de junio de 2017 y por ende, al haberse presentado posteriormente, es decir, el 27 de junio de 2017, según consta en el acta individual de reparto (Fol. 1), se deben entender prescritos los derechos reclamados, sin que sea posible avalar justificación alguna, máxime, si a colación se trae el hecho no menor, y es que, no obra dentro del expediente, el agotamiento de reclamación alguna, según la posibilidad prevista en el artículo 489 del CST, hecho que hubiese podido interrumpir el termino de prescripción trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT, más que suficiente para haber presentado oportunamente la acción ordinaria.

Por las anteriores razones expuestas, se CONFIRMARÁ la sentencia apelada, pero por las razones anteriormente expuestas; y se impondrá la condena en costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, fijando como agencias en derecho a favor de la demandada la suma de $250.000.

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: ADICIONAR a la providencia impugnada de fecha 14 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en el sentido de **DECLARAR** la existencia de culpa patronal de la CONSTRUCTORA ROCHA S.A.S. en el fallecimiento del trabajador HÉCTOR ELI GARCIA MÁRQUEZ, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la sentencia apelada en el sentido de absolver a la demandada de las pretensiones al declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

TERCERO: CONDENAR en costas parcialmente en costas de segunda instancia a la parte demandante en favor de la demandada. FÍJENSE como agencias en derecho la suma de $250.000.

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. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

_____
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2017-00309-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18677
JUZGADO: SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: VIANEY RIVERA BOTELLO
DEMANDADOS: BANCO AVVILLAS y MISIÒN TEMPORAL LTDA.
ASUNTO: CONTRATO DE TRABAJO
TEMA: APELACIÓN

San José de Cúcuta, diez (10) de diciembre 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 de fecha 15 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora VIANEY RIVERA BOTELLO contra EL BANCO AVVILLAS y MISIÒN TEMPORAL, LTDA.

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

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

Mediante demanda ordinaria laboral, la señora VIANEY RIVERA BOTELLO, actuando mediante apoderado judicial, solicita que se declare entre ella y el BANCO AVVILLAS y MISIÓN TEMPORAL LTDA. existió un contrato de trabajo entre el 11 de febrero de 20166 y el 21 de febrero de 2017 y como consecuencia de lo anterior, se profieran las siguientes condenas:

- Los valores correspondientes a la indemnización por el despido injusto al haber sido despedida dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su parto, sin permiso de la autoridad competente (pago de 70 días de salario, y de 8 semanas de descanso no remunerado que no fueron tomados por la trabajadora).
- Sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- Vacaciones causadas durante su relación laboral.
- Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones causados durante su contrato de trabajo.
- Indemnización por despido injusto.

- Indemnización moratoria del artículo 65 del CST.
- Dotación.
- El valor correspondiente a los aportes al sistema de compensación familiar.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 28 a 31 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que inició su relación laboral el día 11 de febrero de 2016 con la empresa MISIÒN TEMPORAL LTDA. para atender las funciones de asesora especializada en libranzas, las cuales desempeñaba en el BANCO AVVILLAS, devengando un salario mínimo.
2. Que en desarrollo de su contrato quedó embarazada, comunicando dicha situación a sus empleadores.
3. Que se causó su licencia de maternidad a partir del 17 de noviembre de 2016, fecha en que nació su hija.
4. Que una vez se reintegró a su actividad laboral, el día 21 de febrero de 2017, fue despedida mediante comunicación realizada por la Abogada Regional de MISIÒN TEMPORAL LTDA., siendo que su incapacidad finalizaba el 22 de febrero de dicha anualidad.

III. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDADAS

La sociedad **MISIÓN TEMPORAL, LTDA**., dio formal contestación a la demanda formulada oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones de mérito a las que denominó INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, PAGO TOTAL DE LAS OBLIGACIONES, INDEBIDA ACUMULACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES, VALIDEZ DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO, ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, MALA FE DE LA DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE CAUSA PARA PEDIR, FALTA DEL DERECHO SUSTANTIVO, TRABAJADOR EN MISIÓN y LA GENÉRICA.

Indicó la empresa que a la demandante se le cancelaron los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social a que tuvo derecho; con respecto a la terminación de su contrato, este dio por finalización de la obra o labor para la cual fue contratada, y que la misma se le comunicó el día 23 de febrero de 2017 y no el 21 de dicho mes y año, como alega en la demanda.

El **BANCO AVVILLAS** dio contestación a la demanda impetrada en su contra, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y formulando como pretensiones de fondo las de INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS EN JUICIO, AUSENCIA DE REQUISITOS LEGALES PARA QUE SE DECLARE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE MISIÒN TEMPORAL Y EL BANCO AV VILLAS, PRESCRIPCIÒN y LA GENÈRICA.

Manifestó en su escrito que entre el banco y la sociedad MISIÓN TEMPORAL existió una oferta de suministro y administración de personal en misión; que el banco siempre tuvo la condición de usuario de los servicios de dicha empresa, y que nunca tuvo relación contractual laboral con la demandante.

La aseguradora SEGUROS DEL ESTADO, S.A. acudió a juicio como llamado en garantía.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 15 de julio de 2019, decidió absolver a MISIÓN TEMPORAL, LTDA. y las vinculadas de las pretensiones incoadas en su contra.

El juez A quo argumentó su decisión señalando que luego de revisadas las pruebas aportadas al proceso, es posible afirmar que la terminación del contrato de trabajo de la demandante, tuvo lugar el día 23 de febrero de 2017, fecha en que no se encontraba protegida por su fuero de maternidad.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que a su juicio, la comunicación enviada por la señora Lina Katherine Pinto mantilla, actuando como abogada regional de la empresa Misión Temporal, el día 21 de febrero de 2017 debe ser tenida en cuenta como la comunicación del despido de la trabajadora demandante.

Que dicha comunicación contiene un membrete y una dirección de misión temporal y coincide con la de la notificación que hace la parte demandada en esta demanda; consideró que la abogada de la empresa le enviaba memorandos a la trabajadora, le envió su carnet, y realizó trámites a su contrato por lo que el despido que ejecutó debe tener la misma fuerza que la comunicación que se envió el día 23 de febrero.

Indicó que no hubo tacha del documento, que la señora Lina Katherine Pinto Mantilla hacía parte de misión temporal y que el documento que se le envío a la demandante y que recibió en el correo, causó efectos a partir del 21 y no del 23.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, la parte demandada, BANCO AV VILLAS, presentó sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

1. **PARTE DEMANDADA- BANCO AV VILLAS.** En sus alegaciones finales, la entidad manifestó que no existió un contrato de trabajo entre ella y la demandante, por lo que no está llamada a asumir responsabilidad alguna derivada de las pretensiones de la demanda.

   Que el fallador de primera instancia en las consideraciones del fallo ahora recurrido, hizo un extenso y detallado análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, para determinar con exactitud la oportunidad en que la decisión de terminar el contrato de trabajo produjo efectos legales y jurídicos.

   Que luego de un pormenorizado estudio de los hechos de la demanda, las razones de la defensa propuestos por parte de la sociedad MISIÓN TEMPORAL LTDA., y de las pruebas allegadas por esa sociedad, infirió que ese hecho produjo efectos a partir del día 23 de febrero de 2017, porque así lo acreditó la sociedad MISIÓN TEMPORAL LTDA, al probar por dos medios diferentes la remisión de la respectiva comunicación en esa fecha.

   Que lo que no ocurrió con la afirmación de la parte actora en sentido que la terminación se había producido el día 21 de febrero de 2017, pues tal y como lo señaló el Juez de primera instancia esa afirmación resultó improbada.

   Para concluir, insistió en que la terminación del contrato de trabajo ocurrió cuando la trabajadora ya no tenía ningún amparo legal, que le impidiera a la sociedad MISION TEMPORAL LTDA., la finalización del contrato de trabajo y aún que bajo tales condiciones requiriera autorización del Ministerio del Trabajo para tomar esa decisión.

Cumplido el término otorgado para el efecto, sin que la parte demandante hiciera uso de su derecho de presentar alegaciones finales segunda instancia, se procede a resolver el recurso de apelación, con fundamento en las siguientes,

VI. 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 la señora VIANEY RIVERA BOTELLO se encontraba protegida por la estabilidad laboral reforzada producto de su fuero de maternidad en el momento en que se dio por terminado su contrato de trabajo por parte de la empresa MISIÓN TEMPORAL, LTDA.

Acepta la demandada, MISIÓN TEMPORAL, LTDA., que la demandante estuvo vinculada mediante contrato de obra o labor determinada, desde el 11 de febrero de 2016, habiendo sido enviada como trabajadora en misión a prestar sus servicios a favor del BANCO AV VILLAS, en el cargo de asesora de libranzas; sin embargo, discrepan ambos extremos en litigio, en dos aspectos: en primer lugar, alega la pasiva, que el contrato de trabajo existente terminó por una causal objetiva, cual es la finalización de la obra para la cual fue contratada la trabajadora, contrario a lo alegado por esta, siendo esto, que fue despedida por su empleadora; además, de lo anterior, MISIÒN TEMPORAL insiste en que la fecha de finalización del vínculo tuvo lugar el 23 de febrero de 2017, mientras que la señora RIVERA BOTELLO pretende que se otorgue validez a la comunicación de terminación enviada por la abogada de dicha empresa de servicios temporales, el día 21 de febrero de 2017, data en la que sitúa su alegado despido y en la que aún no había finalizado su licencia de postparto.

En tal virtud, y con el fin de dar solución al problema jurídico planteado, debe esta Sala estudiar lo relacionado con el fuero de maternidad frente al contrato de trabajo por obra o labor determinada, para después examinar los hechos que rodearon la extinción de la relación de trabajo existente entre la señora VIANEY RIVERA BOTELLO y MISIÒN TEMPORAL, LTDA.

CONTRATO DE OBRA O LABOR DETERMINADA- FUERO DE MATERNIDAD

Con respecto al contrato de trabajo en la modalidad de obra o labor determinada y su fenecimiento, la HCSJ en sentencia SL2176 de 2017 manifestó lo siguiente:

> *El artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo dispone como una de las modalidades del contrato aquella celebrada por «el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada», en la que lo que delimita su duración, es la consecución de un determinado resultado.*
>
> *Si bien aquel tiene una naturaleza incierta, sometida a la ejecución de determinadas actividades, el límite se circunscribe, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas que deben ser precisas, impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, caso en el cual sería de carácter indefinido.*
>
> *Esa necesidad del trabajo limitada temporalmente permite indicar que las partes conocen sobre su incidencia, en el que se mantiene hasta tanto se encuentre ejecutando la labor, o hasta su finalización.*

Visto a folios 62 a 64 se encuentra el contrato de trabajo suscrito entre la señora VIANEY RIVERA BOTELLO y la empresa MISIÓN TEMPORAL, LTDA. el día 11 de febrero de 2016, en el cual se pactó que «*el objeto de la obra o labor contratada consiste en la ejecución de las actividades necesarias, indispensables y propias a las labores de asesor especializado en libranzas, destinadas al cumplimiento de la prestación del servicio de la empresa usuaria banco comercial AV VILLAS, S.A. Por lo anterior la vigencia del presente contrato de trabajo se circunscribe al tiempo necesario para ejecutar la obra indicada posteriormente, de acuerdo a la duración e intensidad de la misma y por tanto el trabajador se obliga a cumplir con la labor señalada para misión temporal Ltda., por lo que acepta y conoce de manera expresa que la misma se encuentra sujeta a ser reducida y/o suprimida de acuerdo con las necesidades del servicio y/o por el tiempo de vigencia del documento comercial Nº 201508196500159 suscrito entre misión temporal Ltda. y banco comercial AV VILLAS, S.A., o por la vigencia de los contratos comerciales que modifiquen o sustituyan los documentos comerciales antes mencionados y de acuerdo con el numeral 2 artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Además de lo anterior, en todo caso, el objeto de la obra o labor contratada será la prestación de servicios requerida por la empresa usuaria, considerando la naturaleza jurídica del empleador, el trabajador desarrollará las labores de asesor especializado en libranzas para la empresa usuaria banco comercial av villas, s.a. por el tiempo que se requiera para atender a clientes actuales y potenciales a través de la asesoría y venta de crédito de libranzas y garantizar la eficiencia a nivel comercial, así el presente contrato estará vigente hasta que la cláusula décimo quinta tenga efectos*».

De lo citado, surge de manera diáfana, que las partes habían previsto que la terminación del vínculo podría darse una vez finalizara la labor para la cual fue contratada la trabajadora, entendiéndose que la misma estaba sujeta a la necesidad del servicio en la entidad usuaria, al contrato comercial suscrito entre esta y la empresa de servicios temporales, o al término máximo establecido legalmente en la Ley 50 de 1990, de 6 meses prorrogables por un periodo igual.

Así las cosas, para efectos de la terminación del vínculo laboral de la demandante en este caso tuvo ocurrencia el primer y el último escenario planteado, ya que según consta en comunicación vista a folio 82 del expediente, la señora VIVIANA ANDREA GARCÍA GARCÍA, analista de gestión de personal del área de recursos humanos del banco, solicitó el día 21 de febrero de 2017 a las 9:38 am al señor NELSON RODRÍGUEZ RIVERA de Serdan - Misión Temporal-, a través de correo electrónico, que se diera por terminado el “vinculo laboral” a la señora RIVERA BOTELLO «con fecha 23/02/2017», observando esta Sala además, que en dicha data la trabajadora llevaba ejerciendo sus funciones en la entidad usuaria durante un periodo superior a al término máximo antes mencionado, circunstancia que puso de presente la empresa de tercerización en su contestación a la demanda.

Por lo anterior, se considera que no es dable afirmar entonces, que la trabajadora hubiera sido despedida por su empleadora ya que la obra o labor para la cual fue contratada había, en efecto, culminado; contexto en el que

es posible dar aplicación a lo proferido por la H. CSJ en providencia SL3282-2018, donde el alto tribunal señaló:

> *No obstante, no puede pasar por alto la Sala, que a partir de la sentencia CSJ SL3535-2015, la Corporación ha adoptado una protección intermedia en los eventos de trabajadoras embarazadas o lactantes, cuyas vinculaciones se extinguen por alguna causal legal de terminación, diferente al despido sin justa causa, como sería, en este evento, la contemplada en el literal e) del art. 61 CST «por terminación de la obra o labor contratada», **consistente en el pago de salarios y prestaciones durante el embarazo y por el término de la licencia de maternidad, con independencia del momento en el cual vence el plazo o termina la obra o labor.***
>
> *En efecto, en aquella providencia, la Sala explicó:*
>
> *Como conclusión, la Corte precisa su jurisprudencia en cuanto a que, en el ámbito de los contratos de trabajo a término fijo, la finalización del vínculo por la expiración del plazo fijo pactado debe postergarse mientras dure el embarazo de la trabajadora **y por el término de la licencia de maternidad posparto**. Culminado ese lapso, si la intención no es la de prorrogarla, la vinculación debe fenecer sin formalidades adicionales.*
>
> ***Asimismo, si el empleador hace efectiva la desvinculación durante el referido lapso, sin tener en cuenta el tiempo de protección a la maternidad, debe entenderse que el contrato de trabajo permaneció vigente por lo menos mientras perduró el estado de embarazo y por el término de la licencia de maternidad, de manera que procede el pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir durante el referido lapso**.*

Bajo este derrotero, se entiende que en caso de que un empleador, en desarrollo de un contrato de trabajo por obra o labor determinada, informe a su trabajadora el fenecimiento del mismo por finalización de aquella, antes de que trascurran los tres meses posteriores al parto, deberá cancelar a su favor los salarios y prestaciones sociales que habría percibido durante el tiempo que hiciera falta para que dicha licencia llegara a su término.

FINALIZACIÓN DEL VÍNCULO LABORAL

Teniendo claro lo explicado con anterioridad, procede la Sala a examinar las circunstancias que rodearon la finalización del nexo laboral existente entre la señora VIANEY RIVERA BOTELLO y MISIÒN TEMPORAL, LTDA., para lo cual se hace necesario acudir a las probanzas traídas a los autos, de donde se extrae la siguiente información, aportada por la activa:

- A folio 20 se allega la liquidación del contrato de trabajo de la demandante, en el cual se indica que el periodo que se liquida corresponde al transcurrido desde el 11 de febrero de 2016 y el 23 de febrero de 2017.

- A folios 21 a 23 se observan las prenóminas canceladas a la trabajadora entre diciembre de 2016 y febrero de 2017, donde se incluye el pago de la prima legal de servicios, la licencia de maternidad y los intereses a las cesantías, entre otros valores.

- A folio 24 se tiene una comunicación con membrete de Misión Temporal, fechada 21 de febrero de 2017, en la cual la señora LINA KATHERINE PINTO MANTILLA, actuando como abogada regional, le informa a la señora VIANEY RIVERA BOTELLO que «la empresa ha dado por terminado su contrato de trabajo a partir de la finalización de la jornada del día 21 de febrero de 2017, debido a que la labor para la cual usted fue vinculado (sic) ha concluido».

- A folio 25 se aporta el registro civil de la menor ADAIDA SALOMÉ CORONA RIVERA, con fecha de nacimiento 17 de noviembre de 2016.

De los documentos aportados por las demandadas, se observa lo siguiente:

- A folio 81 se encuentra el certificado de incapacidad médica expedido por la clínica Santa Ana, en la cual se indica que la licencia de maternidad de la demandante se extendía hasta el día 22 de febrero de 2017.

- A folio 82 se allega un correo electrónico enviado el día febrero de 2017, en el cual la señora VIVIANA ANDREA GARCÌA GARCÍA, como Analista-Gestión de Personal del área de recursos humanos de AV VILLAS, le solicita al señor NELSON ENRIQUE RODRÍGUEZ RIVERA de SERDAN- MISIÓN TEMPORAL, que le dé finalización al contrato por obra o labor a RIVIERA BOTELLO VIANEY con fecha 23/02/2017.

- A folio 83 se aporta un correo electrónico enviado el día 23 de febrero de 2017 a las 15:01, en el cual el señor NELSON RODRÌGUEZ RIVERA, le informa a la señora VIANEY que su contrato de trabajo se daba por terminado a partir de la finalización de la jornada del día 23 de febrero de 2017, debido a que la labor por la cual fue vinculada, había concluido.

- A folio 85 se allega una constancia de envío de correo expedido por Deprisa, según el cual el día 23 de febrero de 2017 a las 17:53 fue enviado un paquete a nombre de la señora VIANEY RIVERA BOTELLO, el cual fue recibido el día siguiente por la señora MIRIAM BOTELLO.

- A folio 87 se encuentra comunicación fechada 23 de febrero de 2017, en la cual el señor SANTIAGO RIOS MAZO, Abogado Regional de Serdán, informa a la demandante que su contrato de trabajo finalizaría a partir de la jornada del día 23 de febrero de 2017.

Del testimonio recaudado a la señora LISBETH JOLIE MEDINA CAICEDO, traída a juicio por la demandante, se pudo establecer que laboró como trabajadora en misión en el banco AV VILLAS, desde marzo de 2015 y hasta enero de 2017, donde conoció a la demandante; indicó que en el mes de enero de 2017 le informaron, de manera telefónica, que no laboraría más en la entidad; que en dicha época se enteró de que a la demandante también la desvincularían, sin mostrar certeza de que en efecto esta información le fuera comunicada a la señora RIVERA BOTELLO.

En su interrogatorio de parte, la señora VIANENY RIVERA BOTELLO manifestó que la despidieron el día 21 de febrero de 2017, lo que le notificaron mediante comunicación enviada a su correo electrónico personal por parte de la señorita LINDA KATHERINE PINTO MANTILLA, pero que ella ya tenía conocimiento de eso, ya que le habían informado por medio telefónico; que después de que recibió el correo llamó a la empresa a hacer el reclamo y se burlaron de ella; aceptó conocer que en el contrato suscrito con MISIÓN TEMPORAL, se especifica que esta empresa le asignará un correo electrónico para realizarle cualquier notificación

El señor Jaime Humberto Flórez Serna, representante legal de MISIÓN TEMPORAL, indicó en su interrogatorio que la señora LINDA KATHERINE PINTO MANTILLA era la abogada regional de la empresa y que la misma había renunciado el día 21 de febrero de 2017; frente a la carta vista a folio 24 en la que se informa a la demandante la terminación de su contrato el día 21 de febrero, indicó que el logo pertenece, en efecto, a la empresa donde labora, pero no da fe de su autenticidad, desconociendo el origen del documento. Con respecto a las razones de la extinción del contrato de trabajo de la demandante, señaló lo siguiente: «la trabajadora fue contratada como especialista en libranzas por la empresa usuaria AV Villas; el numeral 3º del artículo 77 de la Ley 50/90 y el artículo 6 del decreto 4369 del 2006, dice que un trabajador en misión no puede exceder de seis meses prorrogables por otros 6 meses, en ese orden de ideas, la trabajadora cumplía su año de laborar con misión temporal limitada, o era enviada en misión el 10 de febrero del 2016 como para dicha fecha la trabajadora tenía el fuero de maternidad o la protección especial que da la corte o la ley, no se podía terminar su contrato, sino que el mismo se prorrogó hasta que terminara esta situación médica especial; sumado a que se había superado la temporalidad por esa causal objetiva que era la licencia de maternidad, la empresa AV Villas con base a la subordinación delegada es quien conoce el tiempo modo y lugar y/o cantidad de trabajo que tiene sus trabajadores en misión, en ese orden de ideas es el usuario, quién puede señalar cuando se finalizaba la obra o labor de la trabajadora que fue enviada en misión, lo cual ocurrió el 23 de febrero el 2017».

Del material probatorio revisado, surge evidente que existen dos posiciones frente a la fecha de finalización del contrato de trabajo de la demandante, habiéndose aportado por cada parte, elementos para fundamentar cada una de ellas: por un lado, la demandante allega la misiva enviada a su correo electrónico personal el día 21 de febrero de 2017 por parte de la abogada de MISIÓN TEMPORAL, la señora LINDA KATHERINE PINTO MANTILLA, quien renunció a la empresa ese mismo día; y por otro, la empresa temporal, desconociendo dicha comunicación, despliega los correos electrónicos y comunicaciones sostenidas con miembros del banco AV VILLAS y con la demandante, con miras a demostrar que la terminación le fue informada a la demandante el 23 de febrero de 2017, fecha en que ya había finalizado su licencia de maternidad.

Analizado entonces cada una de las posturas defendidas por las partes en litigio, considera la Sala acertado concluir que a la señora RIVERA BOTELLO

le fue comunicado su despido el día 23 de febrero de 2017, por medio de la comunicación enviada en dicha calenda por parte del señor SANTIAGO RIOS MAZO a través del correo electrónico 1090393438@serdanop.com, el cual fue el establecido en el parágrafo 7 de la cláusula 23º del contrato de trabajo visto a folios 62 a 64 para las comunicaciones entre las partes. Y si bien no pretende esta instancia restarle valor a la información dada a un empleado a través de otros canales diferentes a un correo determinado, en este caso se observa que no refuerza la demandante su alegación, aportando si quiera copia del correo electrónico a través de la cual se le hizo llegar la carta suscrita por la abogada PINTO MANTILLA (folios 24), pudiendo también haber solicitado su testimonio, para esclarecer los hechos aquí debatidos.

Igualmente, de la postura sentada por la HCSJ explicada con anterioridad, surge que en este caso no presenta mayor relevancia la fecha en que fuera comunicada a la señora VIANEY RIVERA BOTELLO la terminación de su contrato de trabajo; y es que nótese que el salario y las prestaciones sociales le fueron debidamente liquidadas y canceladas hasta el día 23 de febrero de 2017, según documento visto a folio 20 aportado por la demandante, fecha en que, según la incapacidad médica vista a folio 81 su licencia de maternidad ya había llegado a su fin, por lo que cumplió la empresa MISIÓN TEMPORAL con lo exigido, esto es, que a pesar de darse la terminación por una causal legal del contrato de trabajo de una mujer en embarazo o en periodo de postparto, en este caso, la terminación de la obra o labor para la cual fue contratada, se le deben cancelar los salarios y prestaciones sociales que se causen hasta la finalización de su licencia de maternidad.

Por lo que, incluso si se hubiera establecido que la terminación del contrato de trabajo se le comunicó a la trabajadora el día 21 de febrero de 2017, data en que no había finalizado su licencia de maternidad, no habría acreencia económica alguna por condenar a la empleadora.

En tal virtud considera la Sala acertada la absolución de la pasiva declarada por el Juez A quo, no quedando otro camino que CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA el día 15 de julio de 2019.

Se aclara que no se analizó en este caso la posible existencia de un contrato de trabajo entre la señora VIANEY RIVERA BOTELLO y el BANCO AV VILLAS, tal como fuera vagamente incluido en la pretensión nº1 del libelo demandatorio, ya que esto no fue objeto de inconformidad por alguna de las partes en contienda.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación, a saber, la demandante, por haberle sido desfavorables las resultas del recurso de apelación, en acatamiento a lo ordenado por el numeral 1 del artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho de 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 VIANEY RIVERA BOTELLO y en favor de las demandadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA el día 15 de julio de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación, a saber, la demandante, por haberle sido desfavorables las resultas del recurso de apelación, en acatamiento a lo ordenado por el numeral 1 del artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho de 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 VIANEY RIVERA BOTELLO y en favor de las demandadas.

N O T I F Í Q U E S E

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

Secretario

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

Cúcuta, Diez (10) de Diciembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2017-00466-00
RADICADO INTERNO:	18.997
DEMANDANTE:	JOHANA PATRICIA GARCIA CABARICO
DEMANDADO:	I.P.S. UNIPAMPLONA y UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la Señora JOHANA PATRICIA GARCIA CABARICO contra I.P.S. UNIPAMPLONA y UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2017-00466-00, y Radicación interna Nº 18.997 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 04 de marzo de 2020, 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

La señora JOHANA PATRICIA GARCIA CABARICO, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra su empleador I.P.S. UNIPAMPLONA y la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA como responsable solidaria de todas las condenas a que haya lugar; reclamando que se declare la existencia de un contrato escrito, a término definido, desde el 19 de mayo de 2015 hasta el 10 de mayo de 2017, con terminación por parte de demandadas, sin justa causa y de manera anticipada a la terminación del contrato, sin indemnización. A su vez, reclama que los bonos cancelados mensualmente a la actora, deben ser incluidos como factor salarial.

Solicitó condenas sobre el pago de: cesantías e intereses de cesantías del 01 de enero de 2017 al 10 de mayo de 2017, vacaciones del 19 de mayo de 2015 al 18 de mayo de 2016, salarios no cancelado de mes de abril y mayo de 2017, bonos del mes de enero 2016 al mes de mayo 2017, indemnización moratoria e indemnización por despido injustificado, liquidada desde el día 19 de mayo de 2017 hasta el día 18 de mayo de 2018.

Como fundamento fáctico indicó que la IPS UNIPAMPLONA, es una dependencia o extensión de la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, a la cual ingresó a laborar mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, prorrogado desde el 19 de mayo de 2015 hasta el 10 de mayo de 2017. Que inicialmente, tenía una asignación bastica mensual de $ 1.023.500 por el cargo de Profesional 2, Analista de Calidad y el día 01 enero de 2017, firmó una cláusula adicional No. 2 al contrato de trabajo que reglamentó beneficios extralegales, no tenidos en cuenta como factor salarial.

Que el día 10 de mayo de 2017, se dio por terminada la relación laboral, de manera unilateral por la demanda I.P.S. UNIPAMPLONA, sin preaviso, ni pago de indemnización y para entonces su remuneración mensual era de $ 2.988.000 mensuales.

Señaló que, a la terminación del contrato de trabajo, se le adeudaban salarios correspondientes, desde el 15 de febrero de 2017 al 17 de mayo de 2017, así como las bonificaciones extralegales de las vigencias 2016 y 2017, así como las vacaciones de los años 2015 a 2017. Así mismo, que el contrato, al ser renovado más de tres veces, como el último vencimiento tenía lugar el día 19 de mayo de 2017, debía entenderse renovado automáticamente hasta el día 19 de mayo de 2018. Finalmente refiere que en reclamación administrativa realizada ante la I.P.S. UNIPAMPLONA, le informaron no contar con flujo de caja, en virtud de embargos y otros factores y la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, le indicó que no era la entidad competente.

La demandada I.P.S. UNIPAMPLONA, contestó afirmando que, goza de autonomía administrativa, técnica y financiera respecto a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, según sus estatutos. Aceptó que la demandante estuvo vinculada mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a cuatro meses, los cuales se fueron prorrogando sucesivamente desde el 19 de mayo de 2015 hasta el 17 de mayo de 2017. Señaló que los beneficios extralegales, fueron parte de la facultad de las partes de pactar de manera expresa, que beneficios no constituye salario. Sobre la terminación, advirtió que a la actora únicamente se le adeudaba el salario del mes de abril de 2017 que fueron cancelados a la terminación de la relación, mediante transacción bancaria por valor de $ 7.939.423.

De otra parte, aceptó deber a la demandante, el auxilio extralegal de todo el año 2016, a razón de $175.000 mensuales y el del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2017 al 10 mayo de 2017, dejando claridad que el incumplimiento se derivó, de cartera por cobrar de las EPS y embargos efectuados en las cuentas bancarias. Indicó que, al presentarse el proceso liquidatario de la I.P.S. UNIPAMPLONA, se le hizo un llamado a la actora a presentar la reclamación de la acreencia laboral, para que hiciera parte del aludido proceso.

Sostuvo que, la primera relación laboral, inicio el día 19 de mayo de 2015, por el término de cuatro meses, que fue renovado sucesivamente, al término de la tercera prorroga, su renovación fue de un año, por lo cual, la cuarta y última prórroga, se presentó hasta el día 18 de septiembre de 2017; desestimando así que el contrato se haya extendido hasta el 19 de mayo de 2018, por lo que el contrato terminó anticipadamente solo cuatro meses.

Se opuso a pretensiones y propuso la excepción previa de prescripción y de fondo 1) pago de la totalidad de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y parafiscalidad, 2) Buena fe, 3) Inexistencia de la obligación de pago de indemnización por causal terminación unilateral y sin justa causa, 4) Cumplimiento del contrato de trabajo en condiciones y clausulas establecidas, 5) Genérica

La demandada UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, contestó a los hechos, aceptando algunos, manifestando desconocimiento de los alusivos a la I.P.S. UNIPAMPLONA e hizo las siguientes aclaraciones: Que la I.P.S. UNIPAMPLONA, nunca ha dependido ni administrativa, ni financieramente de la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, como quiera que la I.P.S. fue creada como entidad sin ánimo de lucro, de derecho privado y de utilidad común. Que la I.P.S. UNIPAMPLONA, no es una extensión de la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, en consecuencia, no le adeuda concepto alguno de la relación laboral que la actora suscribió con la I.P.S. demandada.

Se opuso a todas las pretensiones, afirmó que no existe responsabilidad solidaria según el artículo 36 del CST, como quiera que no es socia de la I.P.S. UNIPAMPLONA, en tanto que la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, adquirió el inmueble y los equipos que conformaban la unidad hospitalaria y los arrendó a la I.P.S. UNIPAMPLONA.

Propuso las excepciones: 1) Falta de legitimación por pasiva, 2) Falta de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia 04 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término fijo que se extensión desde el 19/05/2015 a día 10/05/2017 entre la demandante la señora JOHANNA PATRICIA GARCIA y la entidad demandada IPS CLINICA UNIPAMPLONA, el cual terminó sin justa causa por parte de la I.P.S. UNIPAMPLONA*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la entidad demandada I.P.S. UNIPAMPLONA a reconocer y pagar en factor de la demandante los siguientes valores:*
>
> *A) La suma de DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS correspondientes a la diferencia dejada de cancelar por concepto de cesantías.*
>
> *B) La suma de DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL DIESCISEIS PESOS, correspondiente a la diferencia dejada de cancelar por concepto de intereses a las cesantías*
>
> *C) La suma de DOSCIENTOS TRENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS, correspondientes a la diferencia dejada de cancelar por concepto de prima de servicios.*
>
> *D) La suma de UN MILLON CIENTO TREINTA MIL PESOS, correspondiente a la diferencia dejada de cancelar por concepto de vacaciones.*
>
> *E) La suma de CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS correspondiente al beneficio extralegal de los años 2016 y 2017 el cual se reconoció como factor salarial.*
>
> *F) La suma de QUINCE MILLONES CUATROSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES PESOS por concepto de indemnizaciones por despido sin justa causa.*
>
> *G) La suma de TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS DOS PESOS por concepto de indemnización moratoria del art. 65 del C.S.T.*
>
> *TERCERO: Declarar como no probadas las excepciones planteadas por la entidad demandada I.P.S.*

UNIPAMPLONA y como proada la excepción de falta de legitimación por pasiva planteada por la entidad demanda UNIVERSIDAD DE PLAMPLONA.

CUARTO: Condenar en costas a la entidad demandada I.P.S. UNIPAMPLONA fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante la suma de DOS S.M.L.M.V.

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

Expuso los efectos del contrato de trabajo a partir de lo dicho por el articulo 22 y 23 del CST; considerando que conforme se aceptó en la contestación a los hechos, 11, 17, 18, 23 y 24, se aceptó que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el día 19 de mayo de 2015 hasta el día 10 de mayo de 2017, suscrito a término fijo inferior a un año, que terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador, que hizo procedente el reconcomiendo y pago de la indemnización por despido sin justa causa dispuesto en el artículo 64 del CST.

Así mismo, se tuvo como aceptado que la terminación del contrato de trabajo obedeció a una decisión unilateral de la I.P.S. UNIPAMPLONA, según comunicación de dicha decisión en la cual, además, se le informó sobre el reconocimiento de la indemnización generada y también se tuvo como aceptado el salario y cargo que ostentó la actora al momento de la terminación del vínculo anunciados en la demanda y aceptados según la respuesta en a los hechos 20 y 21.

Por todo lo expuesto, declaró la existencia del contrato de trabajo entre la demandante y la I.P.S. UNIPAMPLONA únicamente, dado que no se demostró una relación laboral con la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA en calidad de empleador.

En relación con la incidencia salarial de bonos extralegales, pagados a la demandante, para el reconcomiendo y pago de prestaciones sociales y vacaciones pretendidas, por el año 2017 e indemnización por despido injusto; expuso lo referente a la primacía de la realidad sobre las formas respecto de los acuerdos de desalarización, a partir del concepto de salario y los conceptos que se deben tener en cuenta para considerar la incidencia salarial de los pagos y la carga probatoria que se deben tener en cuenta para su declaratoria.

Con fundamento en los artículos 127 CST, indicó que cualquier emolumento o reconocimiento en dinero o en especie que hace un empleador a un trabajador que retribuya la prestación del servicio, tiene la connotación salarial, no obstante, afirmó que no todo reconocimiento que hace un empleador a un trabajador, constituye factor salarial según lo dicho en el artículo 128 del CST.

En esa línea destacó especialmente lo referente a los pagos que las partes disponen expresamente que no constituye factor salario, con base en los límites del articulo 53 CP entre ellos el principio de primacía de la realidad sobre las formas, a efectos de restar eficacia al acuerdo de cara al artículo 43 del CST, por ir en detrimento de los derechos mínimos del trabajador, al no tener en cuenta las bonificaciones como factor salarial para liquidar prestaciones sociales y demás emolumentos, contrariando el artículo 127 del CST, porque el pacto de desalarización es válido si el reconocimiento que se hace, no tiene una destinación relacionada con el servicio.

Al descender al caso concreto, tuvo en consideración que la empleadora, aceptó la deuda relacionada con las bonificaciones de los años 2016 y 2017, por consiguiente, se vislumbra que el mismo, obedeció a un pacto suscrito con la actora, en una cláusula adicional del contrato según documentos aportados, donde se pagaría en el año 2016 el valor de $ 175.000 mensuales y para el año 2017 un valor de $ 644.000.

Según lo analizado, el precitado valor, fue considerado salario pese al aludido pacto de desalarización, dado que el empleador no logró probar que tenía una destinación específica diferente a una retribución por el servicio, en consecuencia, accedió al reajuste solicitado frente a prestaciones sociales y vacaciones de 2017 y se tuvo en cuenta como factor salarial para la indemnización por despido sin justa causa.

En ese orden, tuvo como ingreso base de liquidación la suma de $ 3.634.000 que surgió del valor del último salario pagado a la actora más la bonificación de 2017 reconocida como factor salarial en la decisión.

Respecto a las pretensiones condenatorias de la demanda, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del año 2017 a partir del 01 de enero de 2017 hasta el mes de mayo de dicha anualidad, de conformidad a ello, las cesantías, intereses de cesantías se liquidaron por 130 días, con fundamento en el ingreso base de liquidación como quiera que la entidad demandada allegó prueba del pago de cesantías, intereses de cesantías y prima de servicios con posterioridad a la terminación de la relación laboral lo que consideró debía por prestaciones sociales, por lo cual, se accedió a la compensación de la diferencia aludida.

Por vacaciones, en la demanda se advirtió que las mismas, no se reconocieron y no fueron disfrutadas, por lo cual, se liquidaron desde el 19 de mayo de 2015 al día 10 de mayo de 2017, sin embargo, se probó el pago con posterioridad a la terminación del contrato, por lo tanto, se accedió al pago de la diferencia dejada de cancelar en favor de la actora.

Respecto a las demás pretensiones condenatorias, en particular como los auxilios y beneficios extralegales que se solicitaron por no haber sido cancelados en los años 2016 y 2017, se tuvo en cuenta que la deuda fue aceptada en la contestación de la demanda según respuesta a los hechos 22 y 32, por lo cual, al haberse obligado a la cancelación de esos valores, estaba llamada a prosperar como así se determinó en la parte resolutiva.

En cuando a la indemnización por despido injusto, recordó que, en la contestación de la demanda, la I.P.S. UNIPAMPLONA, aceptó que la terminación de la relación laboral se dio por decisión unilateral y sin justa causa, comunicada a la actora según las pruebas, donde además se reconoció pagarle la indemnización correspondiente, por lo tanto, la misma se liquidó con el ingreso base de liquidación previsto en la decisión referente a la incidencia salarial, teniendo en cuenta además, que para los contratos de trabajo a término fijo, se liquida conforme el artículo 64 del CST que corresponde a los salarios dejados de devengar desde el momento en que finaliza el vínculo, hasta cuando expiraría el plazo fijo pactado por las partes.

Bajo ese enfoque, estableció que la fecha de inicio del contrato a término fijo por cuatro meses, tuvo lugar el día 19 de mayo de 2015, que el mismo iría hasta el 18 de septiembre de 2015. Que conforme al artículo 46 del CST alguna de las partes debió notificarlo a la otra con una antelación no inferior a 30 días, situación que no aconteció durante la relación laboral, por lo tanto, el mismo se prorrogó de la siguiente manera: 1)18 de septiembre de 2015 hasta 18 de enero de 2016, 2) 19 de enero de 2016 al 18 de mayo de 2016, III) 19 de mayo de 2016 al 18 de septiembre de 2016. En consecuencia, la cuarta prorroga según el artículo expuesto no podía ser interior a un año, comprendido entre el 19 de septiembre de 2016 e iba hasta el 18 de septiembre de 2017.

Como quiera que la entidad empleadora decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, el día 10 de mayo de 2017, le asiste el derecho a la demandante de percibir 128 días de salario dejado de cancelar por concepto de indemnización por despido sin justa causa, liquidado con base en el ingreso base de liquidación según las anteriores consideraciones.

Advirtiendo que si bien es cierto en la demanda y en la contestación se señaló que la I.P.S. UNIPAMPLONA no había cancelado los salarios de abril y mayo de 2017 al momento de la terminación del vínculo, se allegó prueba que dichos conceptos, que si fueron pagados junto con prestaciones sociales y vacaciones pagadas posteriormente a la terminación, no se emitió condena en dicho sentido.

Respecto a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, indicó, que no procede de manera automática e inexorable, que exige al juez un análisis de la conducta del empleador, en tanto que para la exoneración se debe demostrar un eximente de responsabilidad desprovisto de mala fe, carga que pertenece al empleador, que en el caso concreto no fue asumida pues al no cancelar la correspondiente liquidación el día 10 de mayo de 2017, al momento de la terminación de la relación laboral y proceder solo a realizarlo el día 08 de marzo de 2018, sin acreditar las causas de la imposibilidad de tal efecto, indicando únicamente el proceso liquidación como mera enunciación en la contestación de la demanda sin soportar como dicho proceso debió afectar a los trabajadores, por lo tanto, no pudo ser relevada de dicho pago liquidada en dichas calendas con base en el último salario diario devengado por la actora según lo resuelto.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por la I.P.S. UNIPAMPLONA, advirtió que según el artículo 151 CPT y 488 del CST, los derechos sociales y las acciones laborales, prescriben al término de tres años, lo cual no se avizoró en el proceso, por lo tanto, se declaró no probada.

A propósito de la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, consideró que no había lugar a condenar a solidariamente, como quiera que no se acreditaron los presupuestos de este tipo de responsabilidades bajo alguna de las formas dispuesta en el CST en los artículos 34, 35 y 36. Tampoco se advirtió que, se configurara la figura de unidad de empresa, sin embargo, el juzgador lo analizó porque en la demanda se afirmó la dependencia administrativa de la I.P.S. UNIPAMPLONA frente a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA y que dichos supuesto facticos, se ajustan a lo dispuesto en el artículo 194 del CST.

Explicó que jurisprudencialmente se ha afirmado que la viabilidad de la responsabilidad solidaria, procede siempre y cuando se cumplan los supuestos de la aludida disposición normativa y las reglas fijadas en la jurisprudencia como la SL 6228-2016; indicando que, para tal efecto, se tuvieron en cuenta dos elementos esenciales para tal efecto, 1) El predominio económico de una empresa sobre la otra, la cual se erige como matriz de alguna de sus filiales o subsidiarias 2) Que la ultimas, ejecuten actividades subsidiarias, conexas o complementarias.

Que en el asunto de fondo, no se evidenció prueba alguna que acreditara el predominio económico, ni mucho menos la relación de las actividades económicas conexas, máxime si se consideraba que se trató de una institución prestadora de salud por un lado y por el otro una institución de educación superior, por lo cual, no emitió condena hacia la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA haciendo prospera la excepción de falta legitimación en la causa por pasiva solicitada.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 Parte demandada I.P.S. UNIPAMPLONA

El apoderado impugnó la decisión del juez a quo en lo referente a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, que emitió el juzgado con fundamento en la inexistencia de prueba que justificara el incumplimiento de los pagos en su debido momento al terminar la relación laboral.

Consideró que, conforme a las pruebas aportadas en la contestación de la demanda, la I.P.S. UNIPAMPLONA, entró en liquidación, no por el simple capricho de sus

directivas, sino por el déficit económico padecido por falta de ingreso por parte de sus deudores, que son las EPS.

En ese orden, aseveró que su representada no ha actuó de mala fe, que su iliquidez se derivó de terceros que incumplieron sus obligaciones, que los condujo a terminar de manera unilateral contratos de trabajo, e incumplir obligaciones con proveedores, por lo cual considera que debe ser exenta.

Reconoció que, los derechos laborales son prioritarios, por lo cual, los mismos se han venido pagado de manera paulatina a efectos de evitar su vulneración.

Sostuvo que, se aportaron pruebas en la contestación de la demanda, descritas en el acápite correspondientes con los numerales: 1.3 (Acta No. 70 donde se toma decisión de disolver derivado de la situación económica en estados financieros), 1.8 (embargo de cuentas bancarias, en especial de Bancolombia, ordenado por el Juzgado Laboral de Pequeñas Causas de Cúcuta de Agosto de 2017) y 1.9 (Certificación expedida por gerente liquidadora, revisora fiscal y contadora que acreditan pérdida acumulada por valor de $ 13.633.156.777).

Con fundamento en lo expuesto, solicitó al superior, considerar dicho caudal probatorio, a fin de revocar la decisión referente específicamente a la indemnización moratoria.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes no presentaron alegatos de conclusión.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

Determinar ¿Si hay lugar a condenar a la I.P.S. UNIPAMPLONA a pagar la indemnización por falta de pago oportuno, prevista en el artículo 65 del C.S.T. a favor de la actora JOHANA PATRICIA GARCIA CABARICO?

7. CONSIDERACIONES:

Lo primero es señalar, que de conformidad con el principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.S.T, el debate en el presente asunto, se dirigirá exclusivamente a lo que fue objeto de impugnación, como es el determinar si era procedente condenar a la demanda I.P.S. UNIPAMPLONA a pagar en favor de la demandante JOHANA PATRICIA GARCIA CABARICO la indemnización por falta de pago oportuno, prevista en el artículo 65 del C.S.T.

Sobre el particular, se debe recordar que la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., fue solicitada en la demanda ante el retraso en el pago de salarios y la liquidación definitiva de prestaciones con la terminación del contrato efectuada el día 10 de mayo de 2017, a lo que accedió el juez *a quo* al estimar que la I.P.S. UNIPAMPLONA no logró probar que había un eximente de responsabilidad.

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 SL3616-2020, Radicación n° 84226 al indicar:

> *"Esta Corporación reiteradamente ha puntualizado que la indemnización moratoria no opera de manera automática, sino que en cada caso concreto debe valorarse la conducta asumida por el empleador, a fin de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. De tal manera, es deber del juez examinar las pruebas en aras de verificar si se presentaron motivos que verdaderamente resulten suficientes para exculpar la falta de pago. Ha insistido, igualmente, que la omisión de dicha obligación por parte del fallador comporta la errónea interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.*
>
> *Tal situación puede acontecer no solo cuando el juez incurre en la omisión comentada, también cuando esgrime algún motivo que pudiera justificar la falta de pago, pero no especifica los elementos de juicio que lo llevaron a obtener esa conclusión.*
>
> *Igualmente, conviene memorar que es doctrina de esta Sala que el eximente de responsabilidad, en estos casos, opera siempre que los fundamentos que aduce el empleador moroso resulten serios y atendibles, pues no cualquier excusa sirve para absolverlo de esta condena."*

En ese orden, es claro que no existe un parámetro delimitado para determinar la buena fe del empleador para no cancelar las prestaciones laborales respectivas al trabajador cuando ha finalizado la relación laboral, por lo tanto, es competencia del juzgador establecer si existió alguna justificación que permita entrever que éste, entendía que no estaba obligado a cancelar los derechos reconocidos, o que estaba convencido de la existencia de serias razones objetivas y jurídicas para abstenerse de hacer los pagos.

Así las cosas, en consideración del argumento del recurrente, que versa sobre el estado de liquidación e insolvencia de la entidad demandada, resulta relevante citar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia que de antaño ha sostenido de manera pacífica que "*El no pago de salarios por situaciones de liquidación obligatoria, iliquidez o insolvencia de la empresa no exonera de su imposición, se debe analizar la conducta del empleador"*

En esa línea en Sentencia SL3765-2020 Radicación N.° 73973, reiteró: "*La Corporación ha clarificado que la indemnización moratoria no se puede eludir irreflexiva y automáticamente, porque la empresa se encuentre en dificultades económicas"* y citó varios pronunciamientos que en esa línea se han emitido (CSJ SL, 1 jul. 2007, rad. 28024; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; CSJ SL884-2013 y CSJ SL10551-2015, entre otras) donde, además, "*ha llamado la atención en la necesidad de que siempre se indaguen y analicen suficientemente las condiciones particulares de cada caso."*

Al respecto, en anteriores decisiones contra la misma demandada I.P.S. UNIPAMPLONA, ésta Sala, ha encontrado que la mera alegación de la demandada de encontrarse atravesando por un proceso de iliquidez que la llevó al trámite de liquidación, este hecho por sí solo, no es suficiente para absolverla de la indemnización moratoria, como quiera que, al ser analizadas en conjunto con las demás pruebas, sin mayor elucubración, se logró inferir que las circunstancias que llevaron al proceso de liquidación debieron ser previstas por la empresa para garantizar el pago de acreencias laborales, pues el trabajador desde ninguna óptica, puede acarrear con las consecuencias financieras del mal manejo administrativo.

Al descender al *sub lite*, es claro que los argumentos del recurrente, no resultan plausibles para revocar la decisión del Juez de primera instancia, en el entendido que, debe hacerse notorio que la relación laboral, se dio por terminada el día 10 de mayo de 2017, entre tanto, las pruebas que fueron arrimadas en la contestación de la demanda y que, a su vez, fueron enrostradas en el recurso, obedecen a calendas posteriores, a saber:

1. La prueba vista a folio 87 al 96 denominada Extracto de Acta No. 70, en la cual, si bien es cierto, en su contenido se deja ver la decisión de la liquidación de la I.P.S. UNIPAMPLONA por parte de la junta directiva de la misma, lo cierto es que la fecha en que tuvo lugar, corresponde a los días 26 y 27 de septiembre de 2017.

2. Así mismo, la prueba vista a folio 104 que atiende a una orden de embargo, emanada del Juzgado Primero de Pequeñas Causas Laborales de Cúcuta emanada mediante oficio No. 5782 derivada del proceso ejecutivo laboral radicado 54-001-41-05-001-2017-00118-00, es de fecha 29 de agosto de 2017 y el límite de la cuantía fijado por el aludido operador judicial fue de $ 9.819.406.5.

3. Del plenario, también se extrae la certificación de fecha 21 de marzo de 2018 vista a folio 105, en la cual, la gerente liquidadora, la contadora pública y la revisora fiscal de la I.P.S. UNIPAMPLONA señalan que la pérdida acumulada a corte 30 de septiembre de 2017 que llevó a la entidad al proceso de liquidación fue de $13.633.156.797.

4. Por último, se hará también mención de la solicitud realizada por la demanda al Ministerio de Trabajo con miras a obtener autorización para dar por terminados contratos laborales de fecha 12 de octubre de 2017 vista a folio 101 y su respectiva respuesta de fe fecha 30 de octubre de 2017 vista a folio 102, en la cual, el citado ministerio comunicó que no se requería autorización para proceder de conformidad, como quiera que se derivaba de una decisión de la junta directiva, no obstante, hizo la salvedad de quienes ostentaban fuero de estabilidad laboral reforzada, para quienes exigió realizar los respectivos análisis según las particularidades propias de cada caso.

Esto implica que, no se evidencia un eximente de responsabilidad respecto de la actitud defraudatoria por parte del empleador, reflejada en el impago de las prestaciones al trabajador, como afirmó el *a quo*, pues sus actuaciones no estuvieron condicionadas al proceso de liquidación y disolución de la empresa como así se pretende hacer ver en el recurso que nos ocupa, al momento de la terminación de la relación laboral.

En anteriores decisiones contra la misma demandada I.P.S. UNIPAMPLONA, encontró la Sala que la mera alegación de la demandada de encontrarse demostrado que atravesaba un proceso de iliquidez que la llevó al trámite de liquidación, por sí sola no es absolutoria de la indemnización moratoria, sino que se debe analizar en conjunto con las demás pruebas, si se encuentran debidamente acreditadas actuaciones denotativas de buena o mala fe, que permitan dirimir la procedibilidad de la condena sancionatoria y concluyó que las circunstancias que llevan al proceso de liquidación deben ser previstas por la empresa para garantizar el pago de acreencias laborales, pues el trabajador no debe acarrear con las consecuencias financieras del mal manejo administrativo.

No obstante, sí es importante tener en cuenta que las decisiones empresariales de la demandada a partir del 30 de septiembre de 2017, se condicionaron luego de que la Junta Directiva en asamblea del 26 y 27 del mismo mes aprobara la disolución y liquidación de la entidad.

Esto implica que a partir de esa fecha no se puede mantener la afirmación de que exista una intención defraudatoria del empleador en el impago de las prestaciones al trabajador que permita dar continuidad a la moratoria luego de ese día; pues sus actuaciones a partir del 27 de septiembre de 2017 estuvieron condicionadas por la liquidación y disolución de la empresa.

Mal podría entenderse que existe intención defraudatoria luego del 27 de septiembre de 2017, en un empleador que quedó sometido a un proceso de reestructuración y reconoce que se encuentra en imposibilidad de cumplir con las obligaciones vigentes para someterse al proceso de liquidación forzada, por lo que la asunción de pagos deja de estar a su disposición para recaer en el interventor y el esquema o plan de pagos que se propone y somete a consideración de todos los acreedores, siguiendo el procedimiento legal correspondiente.

Así lo ha entendido, la Sala de Casación Laboral en providencias SL2833 de 2017, SL17579 de 2017 y SL4476 de 2018 donde reiteró el siguiente precepto contenido inicialmente en sentencia del 10 de octubre de 2003 (Rad. 20.764):

"(…) Frente a la anterior situación, debe decirse que de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho Constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley.

Finalmente, ***no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes****, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática."*

De esta manera, es imposible desconocer que al someterse a este trámite la persona jurídica se desprende de su capacidad de tomar decisiones para ajustarse a las disposiciones legales, conforme el numeral quinto del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 que reza: "*La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce: 5. La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna* ***quedando sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelaciones que les correspondan***".

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que condenó al pago de las pretensiones dirigidas a reclamar sanción moratoria por el impago de prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, pero se modificará en el sentido de liquidarla exclusivamente hasta el 27 de septiembre de 2017 cuando entró en liquidación la demandada; esto significa que la sanción se reliquidará en un salario diario, equivalente a $121.133,33 por 138 días para un total de $16.716.400.

Para concluir, evidencia la Sala que se mantiene como vencida en el juicio la I.P.S. UNIPAMPLONA, por lo que se le condenará en costas de segunda instancia en favor de la demandante y se fijarán como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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:

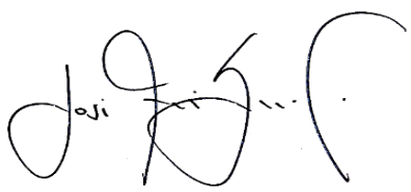
PRIMERO: MODIFICAR el literal g del numeral segundo de la sentencia de fecha 04 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta de conformidad a las consideraciones, confirmando la condena por sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. pero en la suma de $16.716.400.

SEGUNDO: CONDENAR en costas parcialmente en costas de segunda instancia a la I.P.S. UNIPAMPLONA en favor de la demandante. FÍJENSE como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

_____
Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

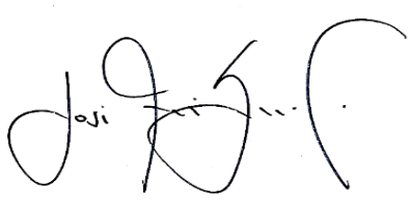
RAD: 54001-31-05-002-2018-00244-01
P.T. No. 18641
REF: ORDINARIO
DEMANDANTE: CARMEN ZORAIDA MELO LIZARAZO
DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRO

Como las liquidaciones del bono pensional y la liquidación del saldo cuenta individual del fondo de pensión (vistos a folio 24), superan el equivalente a 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2019 ($99.373.920), se concede para ante el superior el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 5 de septiembre de 2019.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVER NARANJO
MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

Secretario

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

Cúcuta, Diez (10) de Diciembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2019-00336-00
RADICADO INTERNO:	19.025
DEMANDANTE:	AMPARO SANDOVAL CASTRO
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 AMPARO SANDOVAL CASTRO contra PROVENIR S.A. y COLPENSIONES radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2019-00336-00, y radicación interna Nº 19.025 de este Tribunal Superior, a resolver el recurso de apelación interpuesto por parte de la accionada COLPENSIONES y además el grado jurisdiccional de consulta, en contra de la sentencia del 27 de julio de 2020, 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

La señora AMPARO SANDOVAL CASTRO interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR en la cual pretende la declaratoria de nulidad absoluta de la solicitud de vinculación realizada inicialmente a la AFP COLPATRIA fusionada con HORIZONTE S.A., hoy absorbida por PORVENIR S.A. con fecha 26 de junio de 1998 y radicada el 30 de junio de 1998 que generó cambio de afiliación del RPM, administrado por CAJANAL hoy COLPENSIONES al RAIS y nulidad absoluta de la negativa de afiliación por parte de COLPENSIONES; para que se ordene a PORVENIR S.A., a más tardar en el término de un (1) mes trasladar saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, intereses y frutos a COLPENSIONES, a quienes a su vez, les fue solicitado adelantar los trámites administrativos a que hubiese lugar para perfeccionar la afiliación de la actora en el mismo término.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refirió que estuvo afiliada, inicialmente al RPM a través de CAJANAL hoy COLPENSIONESA desde el 05 de julio de 1983 hasta el 30 de junio de 1998. Que el 26 de junio de 1998, uno de los promotores de la entonces AFP COLPATRIA, diligencio un formulario de vinculación, sin que este fuese suscrito por la actora. Que la AFP COLPATRIA, no le suministró información objetiva, clara, completa, precisa, coherente acerca de beneficios o consecuencias que implican un cambio de régimen pensional, no obstante, lo anterior, la solicitud fue radicada. Que la AFP COLPATRIA, se fusionó con HORIZONTE S.A. mediante escritura 2298 de la notaria 29 de Bogotá de fecha 29 de septiembre de 2000 y posteriormente HORIZONTE fue absorbido por PORVENIR S.A. mediante escritura 2250 de fecha 26 de diciembre de 2013, de la notaria 65 de Bogotá y registrada en la cámara de comercio de Bogotá. Que COLPENSIONES, en escrito de fecha 01 de agosto 08 de 2017, negó la viabilidad de la afiliación, bajo el

argumento de encontrarse a menos de diez (10) años para pensionarse, en alusión del artículo 2, literal e) de la Ley 797 de 2003.

La demandada COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones, alegando que la actora, se trasladó de manera voluntaria al fondo privado y se realizó el traslado de sus partes, encontrándose ahora en el límite de edad en que no es posible proceder a solicitar un traslado y tampoco cumple con las reglas jurisprudenciales para recibir su nueva afiliación; por lo que propone las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN.

Por su parte AFP PORVENIR, también manifestó oponerse a la totalidad de las pretensiones, afirmando que, la afiliación había sido anulada por "ILICITO/FALSEDAD/FRAUDE". Que la cual la actora, no se encontraba activa, entre tanto los saldos de la cuenta de ahorro individual ya habían sido trasladados. Que carece de fundamento factico y legal lo dicho por la actora, en el entendido que ya se había dejado sin efecto la afiliación, en consecuencia, estaba en libertad de afiliarse a COLPENSIONES. Propuso las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 27 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la inexistencia de la afiliación de la señora AMPARO SANDOVAL CASTRO a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., efectuada en el mes de julio del año 1998, por los motivos expuestos, en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad no surtió efectos.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR a*** *la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a que proceda aceptar la afiliación de la señora AMPARO SANDOVAL CASTRO al interior del régimen de prima media con prestación definida recibiendo y teniendo en cuenta los valores que fueron trasladados del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR como*** *no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación solicitadas por parte de COLPENSIONES, DECLARAR como probadas las excepciones de inexistencia de la obligación solicitadas por parte de PORVENIR S.A. y como no probadas las excepciones de prescripción solicitadas por cada una de estas entidades demandadas.*
>
> ***CUARTO:*** *Teniendo en cuenta que se emite una decisión en contra de una entidad de seguridad social donde el estado garante como lo es COLPENSIONES, se ordena* ***REMITIR EL PRESENTE EXPEDIENTE*** *a la oficina judicial para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, ante los H. Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR EN COSTAS*** *a la parte demandada COLPENSIONES, fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante*, la suma de MEDIO SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE**."**

2.2 Fundamento de la decisión

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

1. Señaló que la actora, quien estuvo afiliada al RPM en su momento administrada por CAJANAL hoy administrado por COLPENSIONES desde el día 05/07/1983 hasta el día 30/06/1998, fue traslada al AMPARO SANDOVAL CASTRO inicialmente al AFP COLPATRIA posteriormente fusionada con PORVENIR S.A. desde el mes de julio de 1998 en adelante, no obstante, dicha afiliación, no surtió los efectos correspondientes, teniendo en cuenta que al interior del plenario previo al proceso judicial, de manera administrativa ya había sido resuelta la afiliación de la demandante, decretándose la nulidad por vía administrativa por parte del fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

2. En consecuencia, verificó, el efecto del trámite administrativo surtido por PORVENIR S.A. previamente señalado y las consecuencias que se producen por la ineficacia de un traslado entre el RPM y el RAIS

3. En ese orden, estudió como hechos probados y no discutidos, en primer lugar, que la demandante no suscribió el formulario de afiliación en el mes de julio del año 1998 a la AFP COLPATRIA lo que generó la ineficacia del traslado y en segundo lugar, que se advirtió en la demanda que a la actora no le fue suministrada la información necesaria para el traslado y que la afiliación a COLPENSIONES mediante escrito 01/08/2017 solicitó la afiliación al RPM, la cual fue negada por esta última.

4. Estudió la eficacia de la afiliación a los regímenes del sistema general de pensiones, a partir del análisis de las características del mismo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con especial énfasis en el los literales b) que versa sobre la afiliación libre y voluntaria y e) que señala 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.

5. Con fundamento en los artículos 271 y 272 ibídem, sobre las consecuencias, de atentar contra el derecho de afiliación de manera libre y voluntaria, señaló 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.

6. Teniendo en cuenta que se observó el aspecto referente a la no afiliación por no haber sido suscrito por parte de la actora el formulario de afiliación según los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, verificó las consecuencias jurídicas por existir una indebida afiliación o traslado entre regímenes pensionales, a partir de lo dicho por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, Sala de Casación Laboral exhibiendo lo dicho mediante Sentencia SL4360-2019/68852 de octubre 9 de 2019 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

7. Al descender al caso concreto, sostuvo que se dieron los presupuestos para entender la inexistencia del traslado del RPM de la actora al RAIS en su momento administrado por la AFP COLPATRIA, recordando que el acto es inexistente cuando se celebra sin las solemnidades que la ley sustancial exige para su formación o cuando falta alguno de los elementos esenciales.

8. En ese orden, indistinto que PORVENIR S.A. de manera administrativa hubiese declarado la nulidad de la afiliación o traslado por fraude, ilegalidad, suplantación o falsedad en el formulario de afiliación es una circunstancia que no fue considerada por esa unidad judicial, sin embargo se apoyó en el hecho que de la aceptación por las partes de la no suscripción del formulario de afiliación, por lo cual, al realizarse aportes sin estar precedidos de un formulario de afiliación de traslado de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, era necesario declarar la inexistencia de dicho traslado.

9. Así mismo, fundamentó la decisión en Sentencia SL149/2020 proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, por lo cual señaló que si la declaratoria de la nulidad de la afiliación al RAIS ya se encontraba resuelto por encontrarse invalidada, quedaba a disposición de la parte demandante, la realización de una nueva afiliación de manera libre y espontánea, teniendo en cuenta que esta había sido solicitada a COLPENSIONES que en su momento supedito la afiliación a la declaratoria de nulidad o invalidez de la afiliación al RAIS y posteriormente lo negó, finalmente ordenó a dicha entidad a aceptar a la actora como afiliada al RPM.

10. Así mismo, al considerar que dentro del plenario se demostró que PORVENIR S.A. realizó el traslado de los dineros que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, no había lugar a emitir decisión en contra de la citada entidad teniendo en cuenta que inclusive en la historia laboral allegada por COLPENSIONES, se da cuenta de haber recibido dichos dineros con la anotación que había sido devuelto por el RAIS particularmente por las cotizaciones efectuadas entre el mes de julio de 1998 al mes de octubre del año 2017.

11. Declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación solicitadas por COLPENSIONES y prescripción solicitadas en la contestación de la demanda, en virtud de la SL-1689 de 2019 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteró que dichas figuras no operan de manera automática en perjuicio de poder acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles, razón por la cual el análisis de la pretensión objeto de debate, al ser referente al derecho a la seguridad social, que puede ser reclamada en cualquier tiempo, no es sujeta de esta figura.

3 DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 COLPENSIONES

La apoderada de COLPENSIONES presenta recurso de apelación afirmando:

- Reitera que, COLPENSIONES actuó conforme a las normas legales vigentes para el caso, que la entidad por vía administrativa, no puede acceder al traslado de la actora, en virtud de falta de requisitos legales, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 la cual modificó las condiciones para trasladarse de régimen en el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal e).

- Considera que, en el caso sub examine, no es procedente aceptar el traslado de la actora porque se tiene que realizó aportes al sistema de la seguridad social desde el año 1984 ubicándola en el rango de edad que establece la disposición antes mencionada, motivo por el cual, no es posible para COLPENSIONES acceder a la solicitud de traslado, por cuanto se encuentra dentro de los últimos 10 años de la edad para jubilarse.

- Igualmente, reiteró que la demandante, pretendió la nulidad e ineficacia del traslado del RAIS y que por consiguiente, fuesen devueltos todos los valores, aportes, cotizaciones y demás rendimientos a COLPENSIONES, argumentando que hubo una indebida información al momento de realizarse su traslado desde el RPM al RAIS, derivados de actos que no le pertenecen ni de los cuales tuvo conocimiento esta entidad.

- Por lo hechos alegados en la demanda, respecto a la indebida información y el engaño por parte del fondo privado, no son competencia de COLPENSIONES y el objetivo perseguido es evitar la descapitalización del fondo común del RPM y simultáneamente defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RAIS pues se aparta del valor material de la justicia.

- En cuanto a las costas COLPENSIONES, manifiesta haber actuado con la creencia de haber cumplido con su deber, en plena conciencia de no engañar ni perjudicar a la actora.

4 ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

No presentó alegatos de conclusión.

- **PARTE DEMANDADA:**

Colpensiones reitera lo expuesto en primera instancia, tanto en los alegatos de conclusión y como en las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

Resalta que, no está llamada a aceptar el traslado de régimen por cuanto la demandante no cumple los criterios del Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que no es procedente su retorno del RAIS AL RPMPD.

Igualmente, no es posible aceptar el traslado de la demandante, porque se tiene que realizar aportes al sistema de seguridad social desde el año de 1984, ubicándola en el rango de edad que establece la disposición antes mencionada

La demandante argumenta que hubo una indebida información al momento de realizarse su traslado al RAIS; actos que reitero, no le corresponden y de los cuales tampoco tuvo conocimiento.

El objetivo perseguido es evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia.

En cuanto a las costas impuestas, considera que ha actuado siempre con la creencia, como en efecto lo es, de haber cumplido realmente con su deber, con la conciencia plena de no engañar ni perjudicar y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos de su parte o maniobras engañosas.

Porvenir S.A. advierte que no interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Por considerarse estar conforme con lo resuelto.

Su conformidad se sustenta en que ya había realizado el traslado de los aportes y rendimientos, debido a que anuló el traslado por encontrar irregularidades en el mismo, por lo tanto, la demanda carece de objeto, lo que fue reconocido por el Juez a quo, en el fallo de primera instancia. Solicita acoger la decisión del a quo y la mantenga.

5 PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observa 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:

¿Determinar si en éste caso resultaba procedente declarar la inexistencia de la afiliación de la señora AMPARO SANDOVAL CASTRO a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., efectuada en el mes de julio del año 1998, por medio de la cual se realizó el traslado de los aportes del RPM administrados entonces por CAJANAL y en consecuencia, ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, proceder a aceptar la afiliación de la actora al RPM negada el 01 de agosto de 2017, recibiendo y teniendo en cuenta los valores que fueron trasladados, con nota de devolución del RAIS, por parte de PORVENIR S.A., como resultado del trámite oficioso que ésta última, adelantó de manera prejudicial en sede administrativa?

7 CONSIDERACIONES:

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 considerar que, en dicho acto, no se cumplieron las solemnidades referentes a la suscripción del formulación de vinculación, sumado al incumplimiento de del deber de información a cargo de la administradora

Considerando que, las pretensiones tienen fundamento en que, una de las características del sistema general de pensiones previstas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, conviene entonces la citada disposición normativa, especialmente, en lo dicho en el literal b) que reza: *"La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley."*

De lo anterior, se infiere sin lugar a equívocos, que la ley sustancial exhibida, tiene como exigencia clara, para que proceda la afiliación o traslado en cualquiera de los regímenes previstos en el sistema, la manifestación libre y voluntaria, que debe hacerse escrito por parte del afiliado.

En virtud de lo anterior, para que un traslado del RPM al RAIS adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener sujeción a lo expuesto para que la misma sea soberana y potestativa.

Así lo ha advertido la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que señaló en reciente sentencia SL2970-2020, que a su vez ratifica lo dicho en sentencias CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019, que las Administradoras de Fondos de Pensiones, como actores en el sistema de seguridad social, son quienes desde un principio han estado sometidos a reglamentaciones, restricciones y deberes propios de las actividades que ejecutan, al estar inmersos en la prestación y/o administración de un servicio público obligatorio, que está bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según el artículo 48 de la CN.

También señaló la HCSJ en dicha sentencia, al analizar el principio de transparencia en la elección, que el deber de garantizar la afiliación libre y voluntaria, ha sido más riguroso con el trascurrir del tiempo, como quiera que ha ido variando su concepción, pasando del «*deber de información necesaria*» de los artículos13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; 97-1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, al «*de asesoría y buen consejo*», de los artículos 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, y «*finalmente al de doble asesoría*» de la Ley 1748 de 2014, artículo 3° del Decreto 2071 de 2015, la Corte ha señalado que los jueces laborales deben evaluar el cumplimiento del mismo «[…] *de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido*».

Por lo anterior, en el caso concreto, de acuerdo a lo debatido en el proceso, se pudo determinar que el traslado de los aportes realizados desde el día 05 de julio de 1983 hasta el día 30 de junio de 1998, por parte de la actora dentro del RPM administrados entonces por CAJANAL al RAIS a partir del mes de julio de 2018 en adelante, administrado inicialmente por COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., no se dio con el lleno de requisitos de las solemnidades que la ley sustancial exigía, como bien lo consideró el *a quo.*

Lo anterior, con fundamento en el caudal probatorio, dado que fluye como relevante, lo afirmado por PORVENIR S.A. en la contestación, que fue corroborado en los documentos del expediente digital, vistos a folio 229, donde se encuentra misiva de fecha 12 de marzo de 2018 remitida por dicha AFP a la actora, haciéndole palmaria la anulación de su afiliación bajo la causal Ilícito/Falsedad/Fraude, junto con la relación de aportes de la cuenta de ahorro individual que fueron trasladados al RPM visto a folios 233 al 249, que a su vez, se irradian en la historia laboral reportada por COLPENSIONES aportada en medio magnético, donde se vislumbra la relación de todos los aportes devueltos del RAIS y se hace nota aclaratoria sobre la inconsistencia de la afiliación.

En ese escenario, considera la Sala, que le asiste razón al juez de primera instancia, al manifestar la inexistencia del traslado inicial del RPM al RAIS, como quiera que el trámite, no fue realizado por la AFP COLPATRIA en debida forma, lo que permite inferir, que no estuvo presente la manifestación de la voluntad en la libre elección de la reclamante, quien así lo dejo expuesto en la demanda y a su vez, previo al trámite judicial, se lo había puesto en consideración a PORVENIR S.A. según se vislumbra a folio 203 mediante escrito de fecha 08 de septiembre de 2017.

Por lo tanto, indistinto del trámite adelantado de manera oficiosa en sede administrativa, por medio del cual se anuló la vinculación al RAIS y se devolvieron los aportes al RPM, por aspectos que no fueron objeto de debate en sede judicial, es claro que al configurarse la inexistencia del aludido traslado, el mismo deviene en ineficaz.

Sobre el particular, ha expuesto en sentencia CSJ SL12136-2014, en la que se expresó:

> *"A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.*
>
> *Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa."*

En ese contexto, la decisión del Juez de primera instancia, se considera acertada, al encontrar infundada la negativa por parte de COLPENSIONES de afiliar a la actora, puesta en conocimiento mediante escrito de calenda 01 de agosto de 2017, radicado BZ2017_7976152-2030359, bajo el argumento de falta de requisitos legales para acceder a su traslado, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó las condiciones para trasladarse de régimen del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal e)., vista a folio 33 y 34 del expediente digital, revalidado en la

contestación de la demanda y esgrimido de manera directa e implícita dentro de la totalidad de los argumentos que dieron origen a la sustentación del recurso que nos ocupa.

Los cuales, se diluyen al considerar que la ineficacia del traslado, genera como consecuencia, que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación al RAIS, esto es, la permanencia de la actora dentro del RPM.

Al respecto, debe manifestar esta Sala que la HCSJ Sala Laboral 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)."*

Así mismo, conviene también precisar que, si bien es cierto, en su momento, la actora se encontraba en el RPM afiliada a CAJANAL, no resulta viable determinar que con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, sea nuevamente afiliada en dicha entidad.

Lo anterior, dado que según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010"* el Congreso de Colombia creó la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del RPM y a su vez, estableció que dicha entidad, asumiría los servicios de aseguramiento de pensiones de los afiliados al RPM, para lo cual determinó que el Gobierno en ejercicio de sus facultades constitucionales debería proceder a la liquidación de CAJANAL, CAPRECOM y el ISS en lo que a pensiones se refiere.

En esa línea, CAJANAL fue liquidada por parte del Gobierno Nacional, en virtud del Decreto 2196 de 2009 *"por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones"* el cual además, ordenó en el artículo 4, que el traslado de afiliados de La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, debería

adelantarse a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.

Más adelante, mediante a través del Decreto 2013 de 2012 *"Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS*, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones" se determinó la supresión del ISS, hecho que llevó a COLPENSIONES a fungir como administrador del RPM, entre tanto, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que fue creada por el artículo 156 de la misma Ley 1151 de 2007, le fue delegado el reconocimiento de derechos pensionales, a cargo de administradoras del RPM respecto de las cuales se hubiese decretado o se decrete su liquidación, que ya se hubiesen causados hasta la cesación de actividades como administradores, según lo detalla el Decreto 169 de 2008 *"Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social."*

Así mismo, en lo que respecta a las costas procesales, materia de inconformidad por COLPENSIONES, 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 fue vencida, a su cargo deberán 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 27 de julio de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta y al no prosperar el recurso de apelación propuesto se condenará a la demandada 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.

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,

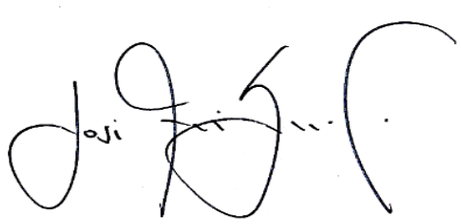
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada del 27 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho, a favor de AMPARO SANDOVAL CASTRO, el equivalente a 1 salario mínimo mensual legal vigente 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. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

Secretario

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

Cúcuta, Diez (10) de Diciembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2017-00323-00
RADICADO INTERNO:	18.990
DEMANDANTE:	ALVARO JESUS GUILLEN MARTINEZ
DEMANDADO:	THOMAS GREG EXPRESS S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor ALVARO JESUS GUILLEN MARTINEZ contra THOMAS GREG EXPRESS S.A. radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2017-00323-00, y radicación interna Nº 18.990 de este Tribunal Superior, a conocer en grado jurisdiccional de consulta de la Sentencia del 11 de febrero de 2020, 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 ALVARO JESUS GUILLEN MARTINEZ interpuso demanda ordinaria laboral contra THOMAS GREG EXPRESS S.A. teniendo como pretensiones principales, la declaratoria de la existencia de un contrato laboral a término indefinido, el reintegro al cargo que ocupaba al momento de ser despedido o uno de superior jerarquía, pago de salarios dejados de percibir, prima extralegal prevista en el pacto colectivo de trabajadores e intereses moratorios e indexación.

Como peticiones subsidiarias, adujo, el pago de indemnización por despido injusto, prima extralegal del pacto colectivo de trabajadores, intereses de mora e indexación.

Como fundamento fáctico indico:

- ✓ Que suscribió, contrato de trabajo con la demandada con fecha 27 de noviembre de 2003, para desempeñar el cargo de mensajero motorizado.

- ✓ Como salario inicial, se pactó la suma de $332.000, pagaderos de manera quincenal, cantidad que aumento de conformidad al SMLMV.

- ✓ Que fue despedido de manera unilateral, el día 14 de junio de 2017, aduciendo justa causa, derivada de transgresión a obligaciones legales y contractuales por hechos ocurridos el día 05 de mayo de 2017.

- ✓ Que le fue realizado un proceso disciplinario, cuya diligencia de descargos, no fue ajustada al debido proceso, dado que, no se realizó en presencia de dos (2) testigos, no obstante, fue absuelto con argumentos que consideró plausibles.

- ✓ Manifestó que, su despido, se derivó de unos reclamos que el actor venía liderando respecto a la exigencia de mejoras salariales.

- ✓ La demandada THOMAS GREG EXPRESS S.A. se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias, manifestando que la terminación del contrato de trabajo, se derivó de faltas gravísimas cometidas y aceptadas por actor, que no existía motivo alguno para reintegrarlo.

- ✓ Que el contrato de trabajo, fue de obra o labor, que el actor, en vigencia de la relación laboral, había tenido dos (2) procesos disciplinarios por los cuales había sido sancionado por incumplimiento de sus obligaciones.

- ✓ Que el actor, tenía conocimiento pleno de la causa de justa a través de la cual se dio por terminada la relación laboral.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del grado jurisdiccional de consulta surtido con ocasión de la Sentencia del 11 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR *probada la excepción de la obligación, y en consecuencia, ABSOLVER a la empresa THOMAS GREG EXPRESS S.A., de las pretensiones incoadas en su contra por el actor.*

SEGUNDO: CONDENAR *en costas a la demandante.*

TERCERO: CONSULTAR *esta providencia en virtud de lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, en caso de no ser apelada."*

2.2 Fundamento de la decisión

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

- Hizo una distinción respecto de: 1) La potestad del empleador de efectuar el poder disciplinario y 2) La facultad para dar por finalizada la relación laboral.

- Advirtió que, el primero, que tiene como objetivo corregir una conducta indebida del trabajador por las faltas o irregularidades consagradas en el contrato de trabajo, reglamento interno, CST entre otros, que no tiene como fin último, la terminación del contrato, sino remediar o corregir anomalías que afecten su ejecución para lo cual cito el artículo 115 del CST, que versa sobre el procedimiento para imponer sanciones.

- Por su parte, el despido, tiene como objetivo, finiquitar el contrato de trabajo, para prescindir unilateralmente de los servicios del trabajador, bien sea por la existencia de una justa causa o sin que exista, a efectos de aplicar la condición resolutoria con su respectiva indemnización en los términos del artículo 64 del CST.

- Señaló que, el despido en sí mismo, no es una sanción disciplinaria que requiera las formalidades del proceso establecido en el artículo 115 CST, salvo que así se haya establecido en el reglamento interno de trabajo, contrato o convención colectiva, con fundamento lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 8307-2016.

- Sostuvo que, al analizar el caudal probatorio del expediente, tanto en el contrato de trabajo, como en el reglamento interno, no se vislumbró

disposiciones que determinar el despido como una sanción disciplinaria, por lo cual, consideró que la decisión del empleador, no ameritaba el cumplimiento previo ni lo dispuesto en el artículo 115 del CST, en tal caso, no encontró de recibo los cuestionamientos del actor sobre el particular.

- En atención a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, advirtió que es facultativo y discrecional, si se cumplen con las exigencias previstas en la ley, según lo dicho por en Sentencia SL 5374 de 2019, donde se expresa que para dar por terminado el contrato por justa causa se requiere: 1) La comunicación al trabajador en la que se individualicen los motivos o razones por los que se le dan por terminado, 2) La inmediatez en la decisión, 3) La configuración de una de las causas previstas en el CST y 4) Agotar el procedimiento previo al despido incorporado en la convención colectiva, reglamento interno de trabajo o en el contrato individual.

- En el caso concreto, consideró que no se debía agotar un procedimiento previo al despido por parte del empleador, que se encontró en el material probatorio copia de la carta de despido que hace evidente que se cumplió la comunicación, respecto a la inmediatez, encontró ajustado el requerimiento, como quiera que los hechos tuvieron lugar el día 05/05/2017, descargos el 07/06/2017 y el día 14/06/2017, se adoptó decisión de terminar el contrato de trabajo.

- En consecuencia, se centró en analizar la justa causa de despido alegada por el empleador, las cuales fueron comunicadas en la carta de despido, en razón a ello, verificó que el empleador adujo la comisión de faltas gravísimas contempladas en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo y prendimientos establecidos por la compañía, sumado a la aceptación en la diligencia de descargo por parte del trabajador respecto al incumplimiento de los horarios establecidos para las rutas asignadas.

- Hizo notorio que, en la diligencia de descargos, se le endilgaron al actor, hechos diferentes al cumplimiento del horario que motivo el despido efectuado el 14/06/2017.

- Los únicos hechos alegados por el empleador, se refieren a la realización se visitas asignadas por fuera de los horarios establecidos y el incumplimiento de las citas programas para el 05/05/2017, sin que los hechos en concreto, tratados en los descargos, puedan invocarse como tal, dado que la parte que finaliza unilateralmente a relación laboral debe manifestar al momento de la extinción, la causal en la que fundamenta la decisión, sin que posteriormente pueda alegar causal distinta.

- En esa línea, razonó si la realización de las visitas por fuera del horario establecido y el incumplimiento de las citas programas para el día 05/05/2017 son una justa causa para dar por terminado el contrato del actor.

- En ese tenor indicó que en el contrato de trabajo existían disposiciones que señalaban como una obligación del demandante cumplir estrictamente el horario establecido por el empleador, cuya omisión constituía justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por ser consideradas faltas graves.

- Desde esa óptica, al discurrir que el empleador catalogó en el contrato de trabajo como una justa causa de despido el incumplimiento del horario de trabajo y en general la inobservancia de las obligaciones del actor, quien confesó que se realizaron actividades por fuera del horario establecido según las rutas, aceptado dentro de la diligencia de descargos y en el interrogatorio

de parte rendido dentro del proceso la cual cumple con los requisitos del artículo 191 del CGP.

- Afirmó que, dicha calificación como falta grave realizada por parte del empleador, no permite que el juez entre a valorar la misma, como quiera que está consagrada en la ley a favor de este y en esa medida resulta valida, con cimiento en lo previsto en la Sentencia SL 3760-2019, donde se explicó que las partes son las llamadas a graduar las conductas del contrato de trabajo en los términos del numeral 6 del literal a del artículo 62 del CST, ante lo cual se excluye, la competencia de la autoridad judicial para los mismos efectos.

- Así, la existencia demostrada de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador conforme a la calificación realizada en el contrato de trabajo, que taxativamente dispuso como tal el incumplimiento del horario, no es necesario que ésta, hubiese sufrido un daño en el incumplimiento de las obligaciones del actor, para justificar el despido en razón a que su simple demostración, da lugar a ello según la jurisprudencia citada.

- En todo caso, precisó el despacho, que las justificaciones que presentó el actor para exonerarse de las obligaciones relativas al cumplimiento estricto del horario fijado por el empleador para el desempeño de sus funciones, resultan extemporáneas en la medida en que este contaba con mecanismos durante la ejecución de contrato para informarle al empleador de la existencia de tales novedades, conforme se desprende del interrogatorio de parte y demás declaraciones rendidas por los testigos.

- En lo que atañe a la supuesta persecución del empleador, ante unas peticiones que realizó el demandante para el reconocimiento de un auxilio de rodamiento, no existe prueba concreta que evidencie que fue ésta la causa del despido, no obstante, en todo caso el reconcomiendo del auxilio de rodamiento, es un conflicto de naturaleza económica que esta excluido del conocimiento de los jueces laborales, según lo establecido en el artículo 3 del CPT.

- En lo que se refiere a la petición, subsidiaria de reconocimiento de la prima extralegal, consagrada en el artículo 7 del acuerdo colectivo de trabajo, al examinar el expediente, pudo advertir que no fue incorporado el instrumento colectivo que le generara tal derecho al actor, para efectos de establecer si se cumplieron los presupuestos para su reconocimiento, prueba que era de su incumbencia en los términos del artículo 167 del CGP el cual le impone a las partes acreditar el deber de sustentar los hechos en que se sustentan sus pretensiones

- El despacho declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la empresa demanda y como consecuencia, la absolvió de las pretensiones de la parte actora que fue condenada en costas.

3. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue desfavorable al demandante en las pretensiones de carácter condenatorio, se ordenó el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.S.T., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Al respecto, en providencia STL2560 de 2020 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando preceptos expuestos en proveído del 18 de septiembre de 2012 en rad. 41.130, recuerda que "*cuando el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social refiere la procedencia del grado jurisdiccional de consulta respecto de las sentencias de primera instancia que fueren*

"totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario", no es dable entenderse como tales, aquellas que simplemente declaran la existencia de una relación laboral que no ha sido en manera alguna desconocida por quienes la conforman, o cuya mera declaración no reviste importancia alguna para el reconocimiento de los derechos perseguidos judicialmente por el trabajador" y concluye para el caso concreto que "*si bien la pretensión primera resultó favorable a la actora, lo cierto es que se trató de una pretensión meramente declarativa, la que le servía de base a la quejosa para dar paso a la pretensión de condena que enfiló para obtener sus derechos al reintegro laboral y a la reliquidación de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social; de ahí la procedencia del grado jurisdiccional de consulta*"; por lo que asistió razón a la A Quo al remitir el presente proceso para conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor del trabajador.

4. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

No presentó.

- **PARTE DEMANDADA:**

Que le asistió razón al juzgado de primera instancia en el sentido de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al haberse demostrado la existencia de una falta grave que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa y al haber respetado el derecho de defensa del demandante.

Que resulta claro que, el demandante incumplió sus obligaciones laborales, al no haber cumplido las citas que tenía programadas para el día 5 de mayo de 2017, siendo esta su principal y única obligación.

Que lo anterior, fue debidamente aceptado en diligencia de descargos, así como en el interrogatorio de parte que se evacuó dentro del trámite de primera instancia.

Que tanto de las pruebas testimoniales, como las pruebas documentales y el interrogatorio de parte se logra dilucidar que la sentencia de primera instancia fue acertada y no existe motivación diferente que pueda dar lugar a un convencimiento diferente.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observa 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:

¿Determinar si el demandante tenía derecho a ser reintegrado a un cargo igual o superior al que venía desempeñando, así como al pago de salarios y prestaciones sociales, legales y extralegales dejadas de percibir hasta reintegro, intereses moratorios e indexación ó de manera subsidiaria, la indemnización por despido y la prima extralegal consagrada en el artículo séptimo del acuerdo de trabajo, como consecuencia de despido sin justa causa vulnerando el debido proceso al no asistir a la diligencia de descargos con dos testigos?

7. CONSIDERACIONES:

Procede la Sala a abordar el problema jurídico suscitado, para lo cual se hará su estudio sobre el alcance de las pretensiones principales del trabajador, tendientes a determinar si el demandante tenía derecho a ser reintegrado a un cargo igual o superior al que venía desempeñando, así como al pago de salarios y prestaciones sociales, legales y extralegales dejadas de percibir hasta reintegro, intereses moratorios e indexación.

Sobre los hechos demostrados al plenario se tiene que para proceder con la terminación del contrato, se aportó comunicación vista a folio 24 del expediente, que fue notificada al actor 14 de junio de 2017, en la cual se le enrostran dos faltas puntuales, 1) visitar a clientes Universidad Libre, Policía Nacional Corral de Piedra y Unicentro fuera de los horarios establecidos e incumpliendo citas programas, generando insatisfacción de dichos clientes, 2) incumplimiento procedimiento de entregas y obligaciones con cliente Celistic a quienes visito en jornada diferente a la requerida.

En la referida comunicación el empleador le informó, que las explicaciones dadas en la diligencia de descargos, no fueron satisfactorias por considerar que, con las conductas que motivaron el despido, se evidenció la comisión de faltas gravísimas, contempladas en el reglamento interno de trabajo, contrato de trabajo y procedimientos y protocolos establecidos para el ejercicio de la función.

La jueza a *quo* dentro de las facultades previstas en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre libre formación del convencimiento, consideró que el despido por parte del empleador, que fue fundamentado en una justa causa, no exigía la realización de procedimiento alguno, en tanto que no correspondía a una consecuencia sancionatoria derivada de la potestad disciplinaria.

En atención a ello, sobre lo primero que ha de hacerse claridad, es que en lo inherente al reintegro, esta es una figura jurídica que implica el cumplimiento de ritualidades previstas en la Ley y por ende aplica solo para casos especiales, como ocurre con quienes gozan de estabilidad laboral reforzada; no obstante, en el sub judice, el actor no acredita detentar alguna condición que torne viable una orden alusiva en dicho sentido y como en el reglamento no se equiparó el despido a una falta o sanción donde la vulneración del debido proceso de lugar a dejarla sin efectos, conforme al artículo 115 del C.S.T., esta pretensión es abiertamente improcedente y ante ello, se procederá al estudio de las demás pretensiones que dependen del despido alegado para establecer si es procedente la subsidiaria de indemnización por despido injusto.

En ese orden, esta Sala, realizó un análisis probatorio a partir del estudio del contrato de trabajo, visto a folio 83-88, donde se encuentra particularmente en la cláusula tercera específicamente en los siguientes literales:

> "*b) Cumplir estrictamente el horario establecido por EL EMPLEADOR,*
> *c) Cumplir con máxima lealtad, honestidad, cuidado, diligencia y puntualidad las labores asignadas y*
> *d) Sujetarse estrechamente a las órdenes, pautas, políticas y procedimientos dejados por la Empresa*",

Es claro que, al actor, le asistían funciones especiales relacionadas con el objeto y naturaleza del cargo, asociadas al estricto cumplimiento y el apego a los procedimientos del empleador, cuya omisión, se constituye en justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo según la cláusula quinta en los siguientes literales:

"a) Cualquier acto de negligencia, descuido u omisión en que incurra EL TRABAJADOR en el ejercicio de sus funciones
b) La violación por parte de EL TRABAJADOR de cualquiera de las obligaciones o prohibiciones establecidas en este contrato y
g) Incumplir el horario de trabajo establecido en este contrato"

Así mismo, se analizó el Reglamento Interno de Trabajo visto a folio 99 al 125, concretamente los artículos 36, que versa sobre las obligaciones principales y generales del trabajador, donde se destacan los numerales:

"*2) Cumplir estrictamente el horario establecido por la Empresa,*
3) Cumplir con máxima lealtad, honestidad, cuidado, diligencia y puntualidad las labores asignadas,
4) Sujetarse estrechamente a las ordene pautas y procedimientos fijados por la Empresa."

De igual manera, el artículo 41 que señala las obligaciones especiales del trabajador, donde se exhiben los siguientes numerales:

"1) Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento, las disposiciones de seguridad informática y las demás normas y procedimientos de la Empresa…
6) Comunicar oportunamente a la Empresa las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.
16) Cumplir estrictamente las disposiciones del presente Reglamento de Trabajo aprobado por las autoridades del ramo, asi como las demás normas que resulten de la naturaleza del contrato o que estén previstas en las disposiciones legales.
29) Desempeñar claudique labor que le sea asignada y dentro del horario que se le fije, aunque no corresponda al oficio que éste clasificado, puesto que la Empresa conserva sin ninguna restricción, la libre disposición de su personal para la asignación de funciones a cada uno de sus trabajadores sin que vayan en contra de la dignidad del trabajador.

De modo semejante, al verificar la diligencia de descargos realizada al actor el día 07 de junio de 2017, por los hechos ocurridos el día 05 de mayo de 2017, se tiene que se le hacen varias imputaciones; no obstante, las que guardan consonancia con las que motivaron la comunicación de despido, el demandante hace afirmaciones que como bien lo asevero la jueza a *quo,* coinciden con una confesión por la de omisión de funciones propias del cargo desempeñado:

"…Pregunta 5 ¿Explique por qué se evidencio que usted no cumple con los horarios establecidos para la visita de los clientes?

Respuesta: Debido a la extensión de la ruta, se hace imposible visitar dos sectores en el mismo horario ya que Atalaya y el Aeropuerto tienen horario de entrega PM, ya que normalmente es visitado por dos mensajeros y llevaba menos envíos para el Aeropuerto y como debía recoger la tula de interoficina Davivienda en el aeropuerto temprano pues visite el sector AM, para poder visitar y cumplir con el sector de Atalaya PM, donde también tenía citas en la jornada de la tare de celulares u tarjetas, me toco decidir que visitar"

Pregunta 6 ¿Explique por qué había visitado al cliente Universidad Libre y Policía Nacional a la misma hora 3:00 pm?

Respuesta: No sé por qué aparece legalizado a las 3:00 pm si yo lo visite a las 5:45 pm, si revisan la prueba de entrega yo coloque la observación que el destinatario salió a las 5: 00 pm.

Pregunta 10 ¿Explique por qué visitó al cliente Celistic en horario de la mañana cuando usted debía visitarlo en horario PM?

Respuesta: Como ya explique se unificaron rutas y por la extensión no podía visitar al mismo tiempo dos sectores, por eso lo visite A.M."

Lo anterior, también fue expuesto en los fundamentos facticos de la demanda en lo dicho en el hecho 5 y en el interrogatorio de parte realizado al actor.

En conclusión, a juicio de esta Sala, el actor incumplió las obligaciones propias de su cargo, incurriendo en las justas causas especiales de terminación previstas en el contrato de trabajo y en el reglamento interno de trabajo, como bien lo proveyó la Jueza de primera instancia, lo que torna viable la prosperidad del despido cuestionado.

Lo anterior, tiene fundamento en la jurisprudencia pacífica dictada por la Honorable Cortes Suprema de Justicia Sala laboral, que de antaño tiene previsto que basta que el trabajador, incurra en una de las faltas calificadas como graves, como ocurrió en el caso concreto, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad empleadora.

Así lo recordó en Sentencia SL3317-2020, Radicación n.° 78110 que a su vez, rememoró la sentencia SL, 19 sept. 2001, rad. 15822 que señaló:

"El incumplimiento grave que configura la justa causa de despido del numeral 6º de la sección a) del artículo 62 del CST está sustentado en la bilateralidad del contrato de trabajo que genera obligaciones recíprocas entre las partes, y en el elemento de la subordinación del trabajador frente al empleador. Por tal razón, las obligaciones a que hace referencia la mencionada norma, guardan relación con las obligaciones y prohibiciones del trabajador previstas en los artículos 58 y 60 ibidem, y con cualquier falta grave calificada como tal en los reglamentos, convención o pacto colectivo, o contrato de trabajo"

Así mismo, en la aludida jurisprudencia, la Sala Laboral de la HCSJ Sala Laboral, reiteró una postura que reviste de relevancia en el caso concreto, en el entendido que:

"*en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las justas causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión (CSJ SL592-2014; CSJ SL17728-2016)."*

En el asunto en estudio, quedó evidenciado que la terminación unilateral del contrato de trabajo por la demandada, se fundó en la existencia de una justa causa, haciendo prospera la excepción propuesta referente a la inexistencia de la obligación, toda vez que el actor, no logró probar que la terminación emanó de un factor subjetivo, por retaliación, discriminación o de cualquier otra índole diferente a lo expuesto.

Respecto de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, está decantado por la CSJ Sala Laboral, en la Sentencia SL2351-2020 Radicación No.53676 lo siguiente: *"esta Corte ha precisado de forma pacífica y reiterada que la terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleador con base en una justa causa no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción, por regla general"*

Y más adelante afirmó: *"...esta Corte ha distinguido las justas causas de despido en «liberatorias» y «sancionatorias». La Sala tiene asentada la regla general de que el despido no tiene carácter sancionatorio, por lo que, para adoptar una decisión de esta índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario*"

Desde ese escenario, es claro que, no existió vulneración alguna respecto del debido proceso, como quiera que el acto de despido no está supeditado a un proceso de carácter disciplinario, salvo que así se hayan pactado, empero, en el expediente, no se encontró prueba que acreditara que existía tal disposición, por lo tanto, no erró la juzgadora de instancia en su análisis, por lo cual, tampoco estaba llamado a prosperar la petición referente a la indemnización por el despido.

Se desprende entonces, de manera clara que la jueza a *quo,* actuó en debida forma al desestimar los cuestionamientos realizados por el actor en esa línea, tornando inviables las pretensiones relativas a la indemnización por despido injusto.

Hechas las anteriores precisiones, pasa la Sala a analizar las pretensiones subsidiarias, relativas a perseguir la prima extralegal consagrada en el artículo séptimo del acuerdo de trabajo, como consecuencia del despido sin justa causa al vulnerarle el debido proceso por no permitirle asistir a diligencia de descargos con dos testigos

Así mismo, en lo referente a la prima extra legal pretendida en los términos del aludido artículo séptimo del acuerdo colectivo de trabajo, llama poderosamente la atención, que dicho argumento no haya sido esgrimido dentro de los fundamentos facticos propuestos en el libelo demandatorio, razón por la cual, tampoco pudo ser rebatido por la demanda en dicho acápite, no obstante, la única mención respecto de la existencia de un acuerdo laboral suscrito, solo se exhibe en la segunda pretensión subsidiaria, que confrontado con lo dicho por el extremo pasivo en el escrito de contestación, se vislumbra una oposición a la misma por sustracción de materia.

El anterior no es un aspecto menor, sobre todo, si se tiene en consideración que, sobre ese particular, existe jurisprudencia sentada de la CSJ en especial en Sentencia SL2722-2020 Radicación N.° 76447 en la cual advierte:

> *"..si bien es indispensable que los instrumentos extralegales se aporten al proceso, con su respectiva nota de depósito debidamente autenticada, cuando las partes del litigio aceptan su existencia dentro del transcurso del proceso, ello implica que tal omisión quede por fuera de debate, dado que su desconocimiento trasgrediría el principio de lealtad procesal."*

Por lo tanto, la protuberante omisión del actor, limitó la posibilidad de encausar el debate en dicho sentido, dejándolo por fuera de la *«cuestión litigiosa»,* por lo tanto, no podría en este caso aplicarse la doctrina de la CSJ en relación sobre la carga probatoria y la vigencia de los instrumentos colectivos que fue reiterada en la citada Providencia, haciendo una remembranza de lo pronunciado mediante la Sentencia CSJ SL8768-2015, en el siguiente sentido:

> *"Sobre la parte demandada recaía la carga procesal de probar que después del 31 de diciembre de 1998 se firmaron nuevas convenciones que dejaban sin vigor jurídico los conceptos laborales pedidos en el presente proceso. A la actora le era suficiente traer al plenario la convención de 1998, que preveía los derechos solicitados o que respetaba los beneficios ganados al amparo de convenciones colectivas anteriores, en tanto que se tenían por incorporados a aquel convenio colectivo de trabajo. (CSJ SL3088-2014)."*

De lo anterior se infiere que si bien, la carga probatoria de probar la inexistencia de perdida de vigencia de un instrumento recae sobre la demanda, según lo dicho por la CSJ Sala Laboral, a la parte activa, como mínimo, le es necesario arrimar al plenario el instrumento que prevea los derechos invocados.

No obstante, en el caso sub examine, no ocurrió así, lo que permite a esta Sala avizorar como un acierto, la decisión de la juzgadora de primera instancia, como quiera que, frente al reconocimiento de la prima extralegal invocada, con ocasión de

la existencia de un instrumento colectivo, resolvió de manera desfavorable al actor, con fundamento en la inexistencia dentro del expediente de evidencia alguna que acreditara su existencia, omitiendo aportar una prueba que era de su incumbencia en los términos del artículo 167 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPT.

Conforme a lo anterior, la Sala confirmará en su integridad la Sentencia de primera instancia proferida el 11 de febrero 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, sin condena en constas por tratarse de una decisión en el marco del 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,

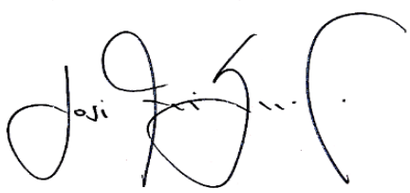
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 11 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, al surtirse el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE 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. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Proceso: Ejecutivo- Contrato de Trabajo
Rad. Juzgado. 54-001-31-05-004-2007-00249-00
Partida Tribunal: 18850
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta
DTE/ CARMEN BELEN GELVEZ GONZALEZ
DDO/ PAR ISS
Asunto: Apelación de Auto

San José de Cúcuta, diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la decisión tomada por el juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 17 de septiembre de 2019, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado Nº 54-001-31-05-004-2007-00249-01 y Partida de este Tribunal Nº 18850, promovido por la señora CARMEN BELEN GELVEZ GONZALEZ mediante apoderado judicial, en contra del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL.

I. ANTECEDENTES

La señora CARMEN BELEN GELVEZ GONZALEZ presentó solicitud de librar mandamiento de pago contra el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES siendo el título ejecutivo la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de octubre de 2009 (folios 270 a 281), así como la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta el día 21 de mayo de 2010 (folios 332 a 353), junto con el auto que aprueba las costas (folios 575, 826 y 829).

El juzgado de primera instancia por decisión de fecha 05 de julio de 2018 (folios 413 y 414) procedió a librar mandamiento de pago a favor de la ejecutante y cargo del PAR ISS, tras lo cual, una vez notificado el P.A.R. I.S.S., a través de su vocera y administradora contestó proponiendo recurso de reposición (folios 523 a 529), incidente de desembargo (folios 531 a 535), escrito de presentación de excepciones (540 a 549), nulidad por falta de

jurisdicción y competencia (folios 579 a 584) al tiempo que el apoderado del actor solicitó dar cumplimiento al precedente fijado por la Sala de Casación Laboral en providencia STL8189 de 2018, remitiendo el expediente al Ministerio de Salud para que continúe el trámite legal correspondiente.

II. AUTO OBJETO DE APELACIÓN

Mediante providencia del 19 de septiembre de 2019 (folios 627), el A Quo ordenó la remisión del expediente al Ministerio de Salud, citando las consideraciones expuestas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia STL4651 de 2019, concluyendo que era procedente declarar la falta de jurisdicción y remitir el expediente al competente, en virtud de la finalización del trámite de liquidación.

III. APELACIÓN PARTE EJECUTADA

Frente a esta decisión, el apoderado de la FIDUAGRARIA, S.A., como vocera del PAR ISS, presentó recurso de reposición, y en subsidio el de apelación, siendo aquel resuelto de manera desfavorable por el A quo, en el sentido de que era el Ministerio de Salud, el llamado a determinar la viabilidad de realizar el pago de las acreencias laborales al demandante.

Fundamentó la pasiva sus recursos, en lo siguiente:

- Que se hace necesario aclarar y tener en cuenta la extinción del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, conforme a los decretos correspondientes y que conllevó a la suscripción del acta final del proceso el 31 de marzo de 2015, significando la terminación de la existencia y representación legal de la entidad y que a partir de allí, la FIDUAGRARIA S.A. actúa únicamente como vocera y administradora del P.A.R., según el contrato de fiducia mercantil No. 015 del 31 de marzo de 2015 suscrito con el liquidador, FIDUPREVISORA S.A.
- Que la decisión del despacho se toma siguiendo lo resuelto en acción constitucional que analizó el proceso rad. 2008-00049 y a la cual se le dieron los mismos efectos al presente expediente, dando vinculatoriedad a dicha acción de tutela; pese a que la misma solo tiene efectos inter partes y no puede hacerse extensiva a otros procesos de la misma naturaleza contra la entidad representada, pues se encuentran en etapas diferentes administrativa y judicialmente.
- Que esta remisión desconoce las cláusulas, condiciones y disposiciones adoptadas en contrato de fiducia mercantil 015, que crea y faculta al Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS, concediendo

una indebida interpretación al decreto 541 de 2016, cuyo artículo 1º permite establecer que la facultad del Ministerio para el pago de sentencias judiciales tiene unas condiciones claras como la de haber realizado la reclamación administrativa en los términos establecidos en el trámite liquidatario, lo cual en este caso brilla por su ausencia.

- Que se vislumbra así la impertinencia de remitir el proceso al Ministerio de Salud, hasta tanto no se estudie de manera individual cada caso en concreto y se valore la viabilidad de la reclamación y/o trámites necesarios y el cumplimiento de requisitos para la graduación, clasificación y su posterior pago de la acreencia reclamada, trámite que realiza el patrimonio autónomo del I.S.S., constituido para tales fines.
- Que en virtud de lo anterior, solicita se revoque el acápite recurrido y se abstenga de remitir el expediente al Ministerio de Salud, disponiendo el archivo de la actuación o en su lugar se remita al P.A.R. I.S.S. para efectos de calificar, graduar y estudiar la viabilidad del pago.

IV. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto "(…) *que decida sobre nulidades procesales.*"

Como viene de verse, en el presente caso la parte demandada solicita que en virtud de las consideraciones esbozadas en el auto que declaró la nulidad de lo actuado, se revoque la decisión de remitir el expediente al Ministerio de Salud por considerar que (i) se están dando efectos extensivos a una acción de tutela cuyos efectos son inter partes, (ii) se está malinterpretando el decreto 541 de 2016 y (iii) no es procedente establecer su remisión por falta de análisis de las particularidades de cada caso que valore la viabilidad de la reclamación.

En aras de proceder con las decisiones que en derecho corresponden dentro del presente asunto, es necesario advertir que si bien inicialmente al conocer en segunda instancia de apelaciones contra autos que se abstenían de librar mandamiento de pago contra el P.A.R. I.S.S. por no considerarle sucesor procesal del extinto I.S.S., esta Sala revocaba estas decisiones y ordenaba proceder con el trámite ejecutivo; más recientemente, en una variación de esa postura, se concluyó que pese a la legitimación en la causa por pasiva del Patrimonio Autónomo de Remanentes existía una imposibilidad de orden jurisdiccional para tramitar el cobro de las acreencias laborales por la vía ejecutiva.

Para arribar a esa conclusión, la Sala en providencias del 30 de enero de 2019 (Rad. 54001-3105-004-2007-00412-02 - Partida: 18.282; Rad: 54001-3105-004-2006-00465-02 – Partida: 18.270; Rad: 54001-3105-001-2013-00365-02 – Partida: 18.019), del 13 de febrero de 2019 (Rad. 54001-3105-004-2007-00480-02 – Partida: 18.371) o del 17 de junio de 2019 (54001-3105-004-2007-00485-01 – Partida: 17.670), entre otras, ha expuesto el siguiente análisis sobre la naturaleza jurídica del extinto I.S.S. y la procedibilidad del cobro de las acreencias como consecuencia de la finalización de su liquidación:

> *El Instituto Colombiano de Seguros Sociales, creado mediante el artículo 8º de la Ley 90 de 1946 como Establecimiento Público, y posteriormente reestructurado como Empresa Industrial y Comercial del Estado por medio del Decreto 2148 de 1992, fue objeto de orden de supresión y liquidación a través del Decreto 2013 de 2012 expedido por el Gobierno Nacional, cuyo artículo 1º señaló que el régimen legal aplicable al proceso liquidatorio es el Decreto 254 del 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006, así como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo desarrollan. Así, en estricto acatamiento a lo establecido por el artículo 23 del aludido decreto, el 15 de noviembre de 2012 se emplazó al público en general a través de avisos publicados en los diarios El Tiempo y la República, a fin de que las personas que se consideraran con derecho a presentar reclamaciones de cualquier índole, se hicieran parte en el proceso concursal. Las solicitudes se recibieron hasta el 4 de enero de 2013, y a partir del 8 del mismo mes y año se dio inicio al trámite de calificación y graduación de las reclamaciones **oportunamente allegadas a la liquidación**, teniendo en cuenta para ello su naturaleza, cuantía, prelación de pagos, etc; que culminó con la expedición de la Resolución No. 212 del 18 de febrero de 2013, modificada por la No. 449 del 26 de abril de esa anualidad, notificadas en los términos de los artículos 56 y 65 de la Ley 1437 de 2011.*
>
> *De otra parte, sobre las **peticiones presentadas en forma extemporánea**, esto es, entre el 8 de enero de 2013 y el 15 de diciembre de 2014, dispuso el liquidador conforme lo plasmado en el apartado 4.1 de la Resolución No. 9708 del 20 de marzo de 2015 (acto administrativo que determinó, calificó y graduó acreencias de tal característica), que el pago de éstas debía sujetarse a las reglas previstas para el pasivo cierto no reclamado en virtud de lo establecido en el Decreto 2555 de 2010. Este compendio normativo prescribe:*
>
> *"**Artículo 9.1.3.2.7 (Artículo 29 Decreto 2211 de 2004). Pasivo cierto no reclamado.** Si atendidas las obligaciones excluidas de la masa y aquellas a cargo de ella, de acuerdo con las reglas previstas en el presente Libro, subsisten recursos, el liquidador mediante acto administrativo, determinará el pasivo cierto no reclamado a cargo de la institución financiera intervenida señalando su naturaleza, prelación de acuerdo con la ley y cuantía. Para el efecto, se tendrán en cuenta los pasivos que no fueron reclamados oportunamente pero que aparezcan debidamente registrados en los libros oficiales de contabilidad de la intervenida, así como las reclamaciones presentadas extemporáneamente que estén debidamente comprobadas. Para efectos de la notificación de la resolución que determine el pago del pasivo cierto no reclamado, así como de los recursos interpuestos contra la misma se atenderá el procedimiento previsto en los artículos 9.1.3.2.5 y 9.1.3.2.6 de este decreto. Parágrafo. Dentro del pasivo cierto no reclamado a cargo de la institución financiera no se incluirán las obligaciones*

respecto de las cuales se hayan cumplido los términos de prescripción o caducidad.

Artículo 9.1.3.5.7 (Artículo 43 Decreto 2211 de 2004).Pago del pasivo cierto no reclamado. *Si después de cancelados los créditos a cargo de la masa de la liquidación subsistieren recursos, se procederá a cancelar el pasivo cierto no reclamado respetando la prelación de créditos prevista en la ley, para lo cual el liquidador señalará un período que no podrá exceder de tres (3) meses."*

Lo descrito en precedente, conllevó a que en el capítulo quinto de la aludida resolución, se estipulara que "…el pago de las obligaciones a cargo del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, reconocidas en la presente Resolución, ***se efectuará respectando estrictamente el siguiente orden o prelación de pago y hasta la concurrencia de los activos disponibles****…". Orden que se clasificó así:*

1. *Gastos de administración de la liquidación.*
2. *Los créditos oportunamente presentados a cargo de la masa de liquidación.*
3. *Los créditos a cargo del pasivo cierto no reclamado (PACINORE).*

Por lo anterior, los acreedores que dentro del lapso dispuesto para ello atendieron el llamado efectuado por el liquidador del ISS presentando los soportes de sus créditos, obtuvieron una ubicación predominante frente a aquellos que radicaron las reclamaciones a destiempo. Graduación que para la Sala acató las directrices y normativas vigentes, salvaguardando el principio de igualdad de los sujetos que acudieron al proceso concursal, porque es apenas lógico que quien radicó en tiempo su reclamación obtenga un puesto preferente de pago respecto a quien lo hizo en forma extemporánea, cuya consecuencia por demás, deviene en la tipificación de la deuda como pasivo cierto no reclamado.

No obstante, es necesario aclarar que convergen situaciones como la que atañe al caso de marras, relacionadas con obligaciones que también están a cargo del ISS en liquidación, porque así se dispuso en sede judicial, pero que no se calificaron en su momento porque se tornaron exigibles con posterioridad al cierre del proceso liquidatorio de la entidad, que finalizó el 31 de marzo de 2015, previa suscripción del Acta Final de Liquidación y su publicación en el Diario Oficial No. 49470 del 31 de marzo de 2015, razón por la cual, a partir del día siguiente, 1º de abril, la entidad dejó de ser sujeto de derechos y obligaciones. En tales eventos, es claro que el hecho de que el crédito no haya sido graduado en su momento por el liquidador no obedeció a desidia de la parte interesada, sino a que para la data de ejecutoria de la providencia, la entidad en liquidación ya había desaparecido del ordenamiento jurídico. Dicho contexto fue previsto por el liquidador, quien las catalogó como ***pasivo contingente****, conforme se extrae del contenido del literal a) del numeral cuarto de la subdivisión de obligaciones especiales contenida en la cláusula séptima del contrato de fiducia mercantil N° 015-2015 suscrito por el ISS en liquidación con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A., a través del cual se constituyó el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL SEGUROS SOCIAL EN LIQUIDACIÓN - P.A.R.I.S.S. Allí se indica:*

"a. ***El pasivo contingente dentro del cual se encuentran las condenas que llegaren a imponerse en los procesos judiciales****, arbitrales y administrativos y las obligaciones condicionales, que el Liquidador identifique con anterioridad al*

cierre del proceso liquidatorio, se atenderán con sujeción a la prelación de créditos establecida en la ley y a la disponibilidad de recursos" –Negrilla intencional, fuera del texto original-

Dando contexto a este punto, conforme lo enseña la Real Academia Española (R.A.E.), el término contingente define aquello que puede o no suceder, lo que aplicado al particular permite entrever que además de la clasificación de créditos efectuada por el liquidador dentro de la cual figuran los oportunos y extemporáneos (pacinore), existe una tercera categorización de pasivos que concierne específicamente al contingente, que justamente por su naturaleza aleatoria fue objeto de previsibilidad mas no de inclusión para pago cierto.

La anterior premisa lleva a concluir a esta Sala de Decisión, que no es el trámite ejecutivo laboral el mecanismo pertinente para hacer exigible el pago de las acreencias laborales adeudadas, porque lo idóneo es peticionar tal cancelación agotando el trámite administrativo que dejó estipulado el liquidador del otrora ISS, es decir, perseguir directamente ante Fiduagraria S.A., en su calidad de vocero y administrador del PAR ISS, la admisión, graduación y cancelación efectiva del pasivo. Y ello es así, porque aun cuando el objeto del aludido contrato de fiducia mercantil fue "la administración y enajenación de los activos que le sean transferidos, la administración, conservación, custodia y transferencia de los archivos, la atención de ***obligaciones remanentes y contingentes****, así como la atención y gestión de procesos judiciales, arbitrales o reclamaciones en curso al momento de la terminación del proceso liquidatorio y además, asumir y ejecutar las demás obligaciones remanentes a cargo del ISS EN LIQUIDACIÓN al cierre del proceso liquidatorio"; como quedó consignado en el numeral 7º de las consideraciones contractuales. Lo cierto es que las actuaciones de dicho PAR, que por demás posee una especie de* ***legitimación sustancial restrictiva*** *por los límites del negocio celebrado, se encuentran supeditadas al atendimiento expreso de las directrices que en relación al pago de los créditos laborales* ***graduados****, realizó el referido liquidador.*

Con esta medida quedó condicionado el reconocimiento y pago de las obligaciones contingentes al cierre del proceso concursal, tanto a la observancia de la prelación de créditos estipulada por la ley como a la disponibilidad presupuestal, palmario es que primeramente se requiere la radicación de reclamación administrativa frente a la Fiduagraria S.A., para que sea ésta quien proceda a ubicar el crédito en el orden que legalmente le corresponda teniendo en cuenta además de su categoría (primera clase), la data exacta de reclamación. Entonces, no es procedente librar orden de apremio en la medida que el condicionamiento aludido resulta excluyente al trámite ejecutivo porque más allá de que se trate obligaciones emanadas de sentencia judicial en firme, su cumplimiento debe deprecarse y adelantarse ante el PAR, atendiendo estrictamente la normatividad de que se ha dado cuenta.

Lo anterior, garantiza igualdad de oportunidades para todos y cada uno de los acreedores que pretenden hacer efectivos sus créditos a cargo del patrimonio público afecto a un proceso de liquidación, sin desconocer la prelación que ostenten los mismos. Por manera que, si a la luz de las normas aplicables al proceso liquidatorio, la consecuencia primigenia del inicio de este tipo de trámites es la indefectible terminación de la totalidad de procesos ejecutivos que se adelantan contra la entidad -independiente de la etapa procesal en que se encuentren-, para acumularlos al trámite concursal, así como la prohibición tajante a los jueces de admitir nuevas ejecuciones hasta tanto no finalice la

liquidación; igual importancia reviste las disposiciones contenidas en el contrato de fiducia mentado, a partir del cual se impartieron las instrucciones de pago con los recursos que conforman el patrimonio autónomo de remanentes del extinto ISS, pero naturalmente atendiendo el orden de las reclamaciones recibidas, seguido de lo cual la Fiduagraria S.A. debe emitir pronunciamiento sobre la admisión, inadmisión o eventual rechazo de la petición, a través de acto administrativo debidamente motivado; así como es factible que ante la omisión de respuesta opere el silencio administrativo presunto. Valga recordar que la naturaleza jurídica de los actos emanados del liquidador se enmarca propiamente en la de actos administrativos, cuales gozan de presunción de legalidad que solo es dable controvertir ante la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 8º Decreto 2013 de 2012, en concordancia con el artículo 7º Ley 254 del 2000, modificado por idéntico artículo de la Ley 1105 de 2006).

(…) no es factible adelantar el trámite ejecutivo solicitado, dado que de imponerse orden de apremio ésta debe cancelarse en término de cinco (5) días conforme a lo prescrito por el artículo 431 del CGP; situación que a todas luces se torna desconocedora del debido proceso que le asiste a los demás acreedores que, o bien en tiempo se hicieron partícipes del proceso liquidatorio, así como aquellos que en forma extemporánea acudieron al mismo, asumiendo la consecuencia de su tardanza, que se itera, fue la designación de su acreencia como pasivo cierto no reclamado, que obviamente se pagará después de la cancelación de los primeros; también los que sabiendo que su crédito se causó con anterioridad al 31 de marzo de 2015, la reclamación respectiva ante el PAR ISS, debe ubicarse en el orden de pagos correspondiente al turno asignado, como sucede con todas las obligaciones que continúen imponiéndose a cargo del fenecido ISS ELQ han de situarse detrás de los créditos pedidos en forma primigenia.

De lo anterior, se concluyó que la medida de librar mandamiento de pago desconoce abiertamente el sentido intrínseco de las garantías constitucionales y legales que revisten a los sujetos partícipes de un proceso concursal de liquidación, más aun, la necesidad de economía procesal y organizacional que demanda este tipo de trámites, en la medida que se persigue en forma primordial realizar el pago efectivo de las de obligaciones adeudadas por la entidad en liquidación, con recursos del erario y que exigir al demandante la observancia estricta de las reglas que gobiernan el procedimiento liquidatorio, además de lógico, resulta necesario para preservar el orden de los pagos de las acreencias adeudadas.

Ahora bien, sobre la interpretación de las disposiciones contenidas en el Decreto 541 de 2016, la Sala ha partido de que su expedición fue consecuencia del requerimiento que hiciere la Sección Quinta del Consejo de Estado en providencia del 15 de diciembre de 2015 proferida dentro de acción de cumplimiento con radicación No. 76001-23-33-000-2015-01089-01, a través del cual se instó al Gobierno Nacional a subrogarse en las obligaciones a cargo del ISS liquidado y determinó como uno de los requisitos para proceder con la cancelación de los créditos, la reclamación administrativa directa.

Así mismo, en las providencias citadas previamente se señaló:

> (…) *de nada sirve librar orden de apremio respecto de una obligación que en últimas la entidad demandada no pagará dentro del término perentorio estipulado por el artículo 431 ibídem (cinco días), y no por capricho de ésta, sino por estricto acatamiento de los parámetros legales del proceso liquidatorio, que se itera, estableció un orden de pago de las obligaciones conforme a la prelación de tales créditos, que no es dable desatender solo bajo el argumento de cimentarse el título ejecutivo presentado en sentencia judicial ejecutoriada, dado que tratándose de un trámite especial, priman sobre la norma sustancial procesal, las disposiciones contenidas en aquel, es decir, la cancelación de los pasivos a cargo de la masa de liquidación* ***en cabal orden de fecha de su reclamación, y consecuente graduación****. Para reforzar la tesis que se viene explicando, súmese el hecho de que conforme a lo prescrito por el numeral 6º del artículo 1677 del Código Civil, los bienes constitutivos del PAR ISS son de carácter inembargables, toda vez que los objetos que el deudor posee fiduciariamente no forman parte de bienes que en cesión pueden favorecer al acreedor, por tanto, tampoco sería procedente decretar medida cautelar sobre los mismos.*
>
> *Entonces, conforme a los estatutos que gobiernan los procesos concursales de esa característica, por tratarse de un trámite especial se* ***desplaza en forma tajante la jurisdicción y competencia del juez laboral*** *para adelantar el trámite ejecutivo pretendido*.

Ante este análisis normativo, la Sala inicialmente al decretar la nulidad en las providencias citadas resolvió que correspondía al acreedor acudir y perseguir el pago del crédito que se le adeuda a través de la sede administrativa con la respectiva graduación legal de la deuda en los términos expuestos; sin embargo, en sede constitucional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la referida providencia STL4651 de 2019 encontró que esto constituiría una actuación incompleta, al no remitir el trámite al Ministerio de Salud para que este proceda a actuar conforme disponen los decretos 541 de 2006 y 1051 del mismo año, decisión que ya venía adoptando dicha Corporación en decisiones previas: STL2158-2019 y STL2094-2019, donde la Corte modificó la orden de envío del expediente que consideró el Tribunal Superior de Pereira hacia el liquidador y en su lugar dispuso que se hiciera directamente al Ministerio de Salud, por ser el facultado para resolver el trámite correspondiente.

Estima la Sala, que adoptar esta decisión no constituye imponer a otros procesos los efectos inter partes propios de una providencia de tutela; pues resulta lógico concluir, como hiciera la Sala de Casación Laboral, que ante la declaratoria de falta de jurisdicción y competencia sobre el conocimiento de este asunto, se disponga la remisión del asunto directamente a la entidad competente cuando existe una disposición normativa que le faculta expresamente para avocar conocimiento y ello complementa la postura que había venido adoptando esta Sala de Decisión, pues de lo contrario, se incurriría en una afectación al derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia y debido proceso.

Ahora bien, se argumenta que es impertinente de remitir el proceso al Ministerio de Salud, hasta tanto no se estudie de manera individual cada caso en concreto y se valore la viabilidad de la reclamación y/o trámites necesarios y el cumplimiento de requisitos para la graduación, clasificación y su posterior pago de la acreencia reclamada; sin embargo, es necesario resaltar que por expresa disposición normativa, estos aspectos no pueden ser analizados por la jurisdicción ordinaria laboral y si bien se ordena la remisión al Ministerio de Salud y Protección Social, será esta entidad quien una vez reciba el expediente decida si dará el trámite respectivo directamente o a través del P.A.R. como autoriza el artículo 1º del decreto 541 de 2006 modificado por el 1051 del mismo año; pues, decidir remitirlo directamente al liquidador, constituiría dar un trámite que no está en capacidad de hacer esta jurisdicción, al ser el Ministerio el único competente, por disposición legal.

En consecuencia, se confirmará lo resuelto por el A Quo en el proveído impugnado y se ordenará la devolución del expediente al Juzgado de origen, para que surta el trámite de remisión correspondiente.

No habrá lugar a condena en costas, por considerar la Sala que no se han causado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por intermedio de su Sala de Decisión Laboral,

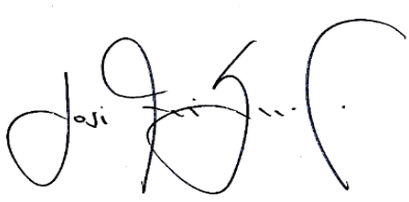
V. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto impugnado del diecinueve (19) de septiembre 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.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

Secretario

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

Cúcuta, Diez (10) de Diciembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2016-00446-00
RADICADO INTERNO:	19.016
DEMANDANTE:	VICTOR JULIO ROLÒN PEÑARANDA
DEMANDADO:	· ARL POSTIVA · JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER · JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor VICTOR JULIO ROLÒN PEÑARANDA contra ARL POSTIVA, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2016-00446-00, y radicación interna Nº 19.016 de este Tribunal Superior, a conocer en Grado Jurisdiccional de Consulta de la Sentencia del 02 de julio 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. ANTECEDENTES

El señor VICTOR JULIO ROLÒN PEÑARANDA interpuso demanda ordinaria laboral a través de apoderado judicial, pretendiendo que se declare la nulidad del Dictamen No. 854104 de fecha 14 de diciembre de 2015, en el cual se determinó PCL al actor, equivalente al 35.31%, proferido por la ARL POSITIVA y del Dictamen No. 13387535-11315 de fecha 13 de julio de 2016, que determino PCL de 41.55%, proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y que en su lugar se declare que el actor, tiene un PCL equivalente al 50.59%, convalidando el Dictamen No. 6968 de fecha 28 de enero de 2016, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander.

Que como consecuencia se condene a la ARL demandada a reconocer u pagar pensión de invalidez al actor, pago de retroactivo desde fecha de estructuración, indexación, intereses moratorios, costas e invoca uso de facultades extra y ultra petita.

Como fundamento factico, indicó, que en virtud de tres accidentes de trabajo solicitó a la ARL demandada, calificación integral de su capacidad laboral y con ocasión de ello, se emitió Dictamen No. 854104 de fecha 14 de diciembre de 2015, en el cual se determinó PCL al actor, equivalente al 35.31%; explicó que dicho dictamen, fue apelado por el actor, ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, por considerar que, no contempló la totalidad de patologías y a aludida Junta Regional, determinó una PCL de 50.59% mediante Dictamen No. 6968 de fecha 28 de enero de 2016. No obstante, que la ARL demandada, apeló ante la Junta

Nacional de Calificación de Invalidez, donde mediante Dictamen No. 13387535-11315 de fecha 13 de julio de 2016 se declaró PCL de 41.55%. Refiere, que ni la ARL, ni la Junta Nacional, realizaron la debida valoración del conjunto de patologías del actor, por lo cual se debe considerar el dictamen de la Junta Regional, con fecha de estructuración 10 de diciembre de 2015.

La **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander**, contestó, aceptando únicamente lo hechos que versan sobre la calificación emitida según su competencia y se opuso a todas las pretensiones. Indicó que el dictamen emitido, fue recurrido ante la Junta Nacional y fue resuelto en última instancia por esta, hace notorio que, su competencia se resume a emitir una calificación de pérdida de capacidad, por lo tanto, no pude constituirse en parte pasiva. Propuso como excepciones: litisconsorcio necesario de la Junta Nacional; como excepciones perentorias: la de pago, inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, buena fe y como como excepciones de mérito: no estar obligada a cancelar ningún valor económico, inexistencia de norma, obligación, derecho y requisitos para asumir alguna condena, indebida o falta de aplicación de normas que apoyan pretensiones, no haber demandado el último dictamen, inexistencia de reclamación, genérica.

La **Junta Nacional de Calificación de Invalidez**, contestó aceptando parcialmente algunos hechos de su competencia, indicando que la calificación realizada en el dictamen, se derivó de la valoración de la historia clínica y con base en normatividad vigente al momento de los hechos. Se opuso todas y cada una de las pretensiones, haciendo notorio que no puede ser susceptible de condena. Propuso como excepciones: legalidad de la calificación expedida, improcedencia de la calificación integral Sentencia C- 518 de 2011 por inexistencia de invalidez, variación en condición clínica del paciente con posterioridad a calificación como eximente de responsabilidad, inexistencia de prueba idónea para controvertir dictamen, carga de la prueba, improcedencia de la pretensión respecto a la junta de calificación, buena fe, genérica.

La **ARL Positiva** aceptó total y parcialmente los hechos que le atañen, haciendo notorio que, el dictamen de la Junta Regional no es de obligatorio cumplimiento, dado que el mismo fue revocado por el de la Junta Nacional, afirmando además que no existe obligación a favor del actor, en tanto que no es una persona invalida. Se opuso a todas las pretensiones, propuso como excepción previa: falta de competencia funcional por tratarse de un proceso sin cuantía, como excepciones perentorias: inexistencia de la obligación, pago, buena fe, falta de título y causa, genérica y prescripción.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del grado jurisdiccional de consulta surtido con ocasión de la Sentencia del 02 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

> *"PRIMERO.- NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA FRENTE A LA PASIVA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y CONSECUENCIALMENTE FRENTE A LA ARL. POSITIVA CIA.*
>
> *SEGUNDO.- DECLARAR QUE CONFORME AL SENTIDO DE LA SENTENCIA HAY DECISIÓN ÍNSITA SOBRE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LAS PASIVAS.*
>
> *TERCERO.- CONDENAR EN COSTAS A LA PARTE DEMANDANTE Y A FAVOR DE LAS PASIVAS, SE FIJAN LAS AGENCIAS EN UN SALARIO MÍNIMO LEGAL A LA FECHA $877.803 DECRETO 2360 DE 2019.*

CUARTO.- ORDENAR EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA POR EL SENTIDO DE LA DECISIÓN ADVERSA AL DEMANDANTE."

2.2 Fundamento de la decisión

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

Hizo notorio que, la litis se centró en anular el dictamen de pérdida de capacidad laboral, emitido por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el cual otorgó PCL de 41.55%, en el entendido que es el dictamen de cierre en armonía con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 y el Decreto 1352 de 2012.

Que el demandante, manifestó que, en dicho dictamen, no se tuvieron en cuenta aspectos inherentes al estado de salud del actor, sin que hubiesen sido precisados.

Que dicho dictamen, debe ser rebatido con una prueba técnico científica sobre el particular, la cual no se encuentra en el expediente.

Que no se controvierte, sobre el criterio obligatorio que haya sido desatendido por la Junta Nacional de Calificación Invalidez, conforme al Decreto 1352 de 2013.

Que la aludida Junta, señala, que no es posible hacer una calificación conjunta de todas las calificaciones realizadas al actor, en atención al Decreto 919 de 1999, que fija las reglas para realizar calificación global que determina combinación de todos los valores, que resultan del análisis de las historias clínicas, ayudas diagnósticas y examen médico.

Que, sobre ese mismo sentido se pronunció la perito de la Junta Regional de Calificación de Santander a partir de la prueba de oficio.

Que, sobre el cuestionamiento del apoderado de la parte actora, a propósito del análisis y valoración de los dictámenes de la Junta Nacional y Regional de Norte de Santander por parte de la Junta Regional de Santander, considera el despacho que, este último, fue espontaneo, dado que no tuvo en cuenta ninguna referencia y solo se basó en el estado de salud del actor, en consecuencia, el cuestionamiento de la parte demandante no tiene respaldo técnico científico.

Que al arrojar un porcentaje inferior al 50%, no hay lugar a pensión de invalidez, se acoge plenamente lo planteado por el Ministerio Publico y hay resolución ínsita sobre las excepciones propuestas por las pasivas.

Precisó que, conforme a la legislación que rige el trámite de la pérdida de capacidad laboral, artículo 142 del decreto 019 de 2012, el dictamen a demandar, por ser el último de cierre de la discusión extraprocesal, en este caso es el de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y no otro.

Condenó en costas a la demandante, a favor de cada una de las pasivas según artículo 365 del CGP.

3. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue desfavorable al demandante en las pretensiones de carácter condenatorio, se ordenó el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.S.T., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

4. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

No presentó alegatos.

- **PARTE DEMANDADA:**

A.R.L. POSITIVA señaló que el dictamen expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en sede administrativa, como en sede judicial, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, les dio la razón en determinar que el Sr. VICTOR JULIO ROLON PEÑARANDA, no es una persona inválida.

En síntesis, sostiene que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., adelantó el procedimiento contemplado en el Decreto 1507 de 2014 y Decreto 1352 de 2013, en la remisión del caso a las Juntas Calificadoras de Invalidez; producto del cual, garantizando el Debido Proceso del Demandante, se estableció que el Sr. VICTOR JULIO ROLON PEÑARANDA, no es una persona inválida. Que las decisiones que expiden las Juntas Calificadoras de Invalidez son de obligatorio cumplimiento, según lo regla el Decreto 1352 de 2013, decisiones que solo cumplió mi Procurada y por lo tanto, no existe ninguna responsabilidad en el caso bajo estudio, menos habría lugar al reconocimiento de intereses moratorios.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observa 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:

¿Determinar si era procedente la nulidad del Dictamen No. 13387535-11315 de fecha 13 de julio de 2016 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que declaró al actor PCL de 41.55% al actor y en consecuencia, dejar en firme el Dictamen No. 6968 de fecha 28 de enero de 2016 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, que otorgó un PCL de 50.59%, para efectos de reconocer y pagar pensión de invalidez, junto con retroactivo pensional, intereses y costas procesales?

7. CONSIDERACIONES:

Corresponde a esta Sala de Decisión, determinar sí, se hace necesario dejar sin validez el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral del señor VICTOR JULIO ROLÒN PEÑARANDA, realizado por JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ e inclusive el dictamen emitido por la ARL POSTIVA, los cuales, desde la demanda, se alegan que "*no se adaptan a la realidad de las lesiones del paciente"* y que *"no realizaron un análisis exhaustivo del paciente, ni tuvieron en cuenta todos los aspectos para realizar la calificación".*

El juez *a quo* estimó que, el dictamen sobre el cual se debe verter el debate es sobre el de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el cual es el de cierre de la etapa administrativa y que a partir del material probatorio aportado por la parte demandante, no es posible dejar sin validez el dictamen atacado por cuanto no se identifica adecuadamente cuál fue el error que se afirma contienen dichas experticias, las cuáles fueron expedidas por la autoridad competente y en cumplimiento al manual de calificación vigente para la época.

Así mismo, consideró necesario emitir prueba de oficio, para efectos de obtener un dictamen emitido por la Junta Regional e Calificación de Invalidez de Santander, elaborado sin referencia alguna, a efectos de identificar con exactitud el estado de

salud deprecado por el actor; conclusiones que serán objeto del presente Grado Jurisdiccional de Consulta.

Para entrar a resolver sobre los problemas jurídicos planteados, esta Sala de Decisión considera pertinente verificar de las pruebas allegadas al proceso, cuales cumplen con los requisitos de oportunidad y necesidad probatoria con el fin de que se permita su valoración para adoptar una decisión de fondo; en virtud de lo establecido en el artículo 60 del C.P.T.S.S., establece que "*El Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo.*".

En concordancia con ello, el artículo 174 del C.P.C., norma vigente a la fecha en que se tramitó el proceso en primera instancia, dispone que "*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.*"

Frente a la validez probatoria de los diferentes dictámenes de calificación de invalidez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, al juez, como director del proceso, le es válido, en virtud del principio de libertad probatoria, optar por el medio de prueba que estime más plausible, estén o no incorporados en el expediente.

Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL9184-2016, en la cual se estableció:

> *[…] tiene definido la Sala, que al interior de un proceso judicial en la calificación de la pérdida de capacidad laboral y el origen de una enfermedad o accidente, las Juntas de Calificación de Invalidez intervienen como auxiliares de la justicia, de suerte que la selección del órgano encargado de practicar el dictamen pericial es del es (sic) del resorte del instructor del proceso, en virtud del principio de libertad probatoria del que están asistidos los juzgadores de instancia no solo en cuanto a la valoración de los elementos de juicio incorporados al expediente, sino además al optar por el medio de prueba que estima más adecuado para demostrar los supuestos fácticos en que se soportan pretensiones y excepciones, sea que los decrete por su propia iniciativa, ora por petición de las partes.*

Bajo esta premisa, entre las pruebas allegadas al proceso y en lo que interesa a Litis, se advierte lo siguiente:

- Reclamación administrativa, realizada por parte del actor, en la cual solicita calificación integral de patologías y secuelas de accidentes de trabajo e historia clínica (Fol. 3- 46).

- Dictamen No. 854104, de fecha 14 de diciembre de 2015, en el cual se determinó PCL al actor, equivalente al 35.31%, proferido por la ARL POSITIVA, fecha de estructuración 04 de diciembre de 2015, origen laboral, diagnósticos: secuela pretrocanterica fémur derecho, fractura pretrocanterica de fémur derecho, atrapamiento de nervio mediano mano derecha, atrapamiento nervio cubital mano derecha resuelto, sd de manguito rotador de hombro izquierdo, sd de dolor regional complejo hombro izquierdo resuelto. (Fol. 47-49).

- Recurso de reposición en subsidio apelación, ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, bajo argumentos de indebida calificación de tres accidentes de trabajo, incongruencia en fecha de estructuración, e indebida valoración de historia clínica y tipo de actividad laboral como minero. (Fol. 50-52).

- Dictamen 6968, de fecha 28 de enero de 2016, que calificó con un PCL equivalente al 50.59%, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, fecha de estructuración 10 de diciembre de 2015, origen accidente de trabajo, diagnósticos: Secuela s de fractura

pretrocanterica de fémur derecha, pop síndrome del túnel del carpo derecho, síndrome del manguito rotador izquierdo, síndrome de dolor regional complejo hombro izquierdo. (Fol. 53-58).

- Dictamen No. 13387535-11315, de fecha 13 de julio de 2016, proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que declaró al actor PCL de 41.55%, fecha de estructuración 10 de diciembre de 2015, origen accidente de trabajo, diagnósticos: dolor en miembro superior izquierdo, fractura fémur derecho, síndrome manguito rotador hombro izquierdo, traumatismo del nervio mediano a nivel de la muñeca de la mano derecha. (Fol. 59-66).

- En el curso del proceso, de manera oficiosa, el juez de instancia, ordenó practicar dictamen médico, para lo cual, se asignó como perito a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, que mediante dictamen No. 13387535-499 de fecha 22 de febrero de 2019, estableció un PCL 28,68%, fecha de estructuración 22 de agosto de 2015, origen accidente laboral, diagnósticos: atrapamiento del nervio mediano moderado + dominancia, limitación movilidad hombro izquierdo no dominante, limitación movilidad cadera derecha, (Fol. 293-297)

- Objeción realizada al dictamen realizado por la Junta Regional de Santander, por parte del apoderado de la parte actora, donde hace notorio error grave, exige prueba de idoneidad según artículo 226 de CGP, afirma que no tuvieron en cuenta la totalidad de pruebas y apartamiento sin fundamento del dictamen de la Junta Regional de Norte de Santander que le era favorable. (Fol. 304-308)

- Respuesta emitida por la Junta Regional de Santander, en la que manifiestan que el error grave en los términos del artículo 228 del CGP no puede ser fundamento de objeción de los dictámenes, que su idoneidad en la actuación, se deriva de la habilitación legal para tal efecto, demuestra que el dictamen incorporó todos los elementos de deficiencias y minusvalías del actor, que la unidad de criterio frente a otros dictámenes se debe predicar respecto de la valoración probatoria en atención al manual de calificación entre tanto, afirma, los argumentos de objeción, carecen de soporte y veracidad.

- También, se escuchó la declaración rendida por parte de la Dra. Miriam Barbosa Zarate, Medico Principal en representación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander, quien compareció al proceso en calidad de perito, a solicitud del juez a quo.

Entre otras pruebas aportadas, ésta Sala encuentra: historia clínica, epicrisis, atenciones de consulta y revisiones de control realizadas al demandante; informes, calificaciones de los accidentes de trabajo, recomendaciones laborales y conceptos de rehabilitación entre otros, folios (Fol. 8-46 y CD Fol. 198).

Resulta pertinente señalar, que tratándose de dictámenes técnicos-médicos, es procedente para que el Juez pueda verificar los hechos que interesan al proceso, practicar otro experticio a fin de permitirle al juez conocimiento de lo que se debate dentro del proceso, conforme lo establece el artículo 226 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del art. 145 del CPT.

En concordancia lo anterior, en la Sentencia SL21693 de 2017, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, fue enfática al explicar que el juez tiene plena autonomía, en virtud de lo establecido en el artículo 61 del C.P.T.S.S., para apreciar libremente los dictámenes como prueba para darle mayor valor al que considere más adecuado, en los siguientes términos:

> *Se concluye de lo expuesto en precedencia, que cuando hay controversia entre dictámenes, el juez tiene autonomía para darle mayor valor al que considere más adecuado, al margen de la parte que haya solicitado el dictamen, debiendo sustentar su decisión de forma razonable y argumentada. Así las cosas, queda*

demostrado, que no le asiste razón al censor respecto de los reproches fácticos explicados en precedencia.

Aclarado lo anterior, se advierte que en las calificaciones de emitidas, se encuentra que al realizar su valoración de los aspectos clínicos, se tuvo en cuenta, la discapacidad en cuanto a la conducta, la comunicación, la locomoción, la destreza, cuidado personal, disposición del cuerpo y de situación; la minusvalía en relación con la orientación, independencia física, el desplazamiento, ocupacional, de integración social, autosuficiencia económica y en función de la edad; la deficiencia respecto a la no funcionalidad; razón por la cual se considera que es un dictamen completo y su contenido se ajusta a lo reglamentado en el Manual Único para la Calificación de Invalidez contenido en el Decreto 917 de 1999.

En otras palabras, dicho, a juicio de esta Sala de Decisión, se considera que se realizó una calificación integral del origen y el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, y que, para ello, se tuvieron en cuenta los factores de riesgo a los que estuvo expuesto el Demandante.

Como se advierte desde las pretensiones de la demanda, los argumentos de la parte demandante se dirigen a identificar como errado el porcentaje asignado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y de la ARL inclusive, considerando que los mismo no tener en cuenta la realidad medica del actor, como si lo hizo el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander.

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 177 del C.P.C. al establecer *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*.

Por lo cual, dado que es la parte actora quien afirma que el porcentaje asignado está equivocado, debe encargarse de que las causas médicas alegadas se encuentren debidamente acreditadas en el proceso para que el juzgador reconozca sin lugar a dudas que existe un yerro a corregir.

Específicamente en asuntos como el presente, donde el argumento del demandante es que las Juntas al realizar su calificación no adecuaron debidamente la historia clínica del actor a los porcentajes reales, jurisprudencialmente se ha resuelto que un dictamen es válido cuando está "*debidamente sustentado en el real estado de salud del convocante y, por ende, brinda credibilidad sobre el porcentaje de pérdida de calificación de la capacidad laboral*" y su resultado corresponde "*a la evaluación más reciente del estado de salud del accionante*" y a las "*valoraciones médicas y en los exámenes que le fueron practicados al actor de forma previa a la realización de la calificación*". (Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2304 del 21 de junio de 2018, Rad. 55.482 y M.P. DOLLY CAGUASANGO)

Bajo este marco de interpretación, en este caso se advierte, una vez revisada la historia clínica y el expediente relacionado con los accidentes de trabajo aportados al expediente; solo constan las mismas enfermedades y diagnósticos que fueron tenidos en cuenta por la Junta Nacional, toda vez que, según se detalló en precedencia, los diferentes dictámenes, fueron consonantes respecto de los diagnósticos estudiados.

Esto conlleva a concluir que, la valoración de la Junta Nacional, sí corresponden a la realidad que se deriva de la historia clínica del actor y que el porcentaje asignado por ella, es equivalente al realmente padecido; pues no se evidencia omisión alguna que permita establecer la posibilidad de haber incrementado el valor que concluyó.

Máxime, si a consideración se tienen el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander y a su vez, la declaración de la perito, que fue

escuchada en el curso del proceso, para concluir que no existe fundamento por parte del demandante que permita arribar a una reflexión diferente.

Significa lo anterior, que los fundados los argumentos del juez a quo, mediante los cuales desestimó las pretensiones de la demanda, al considerar que las conclusiones alcanzadas por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se encuentran ajustados, tanto al ordenamiento jurídico, como al caso concreto, máxime, que no se aportó prueba alguna de parte de la interesada que desestimara esta situación más allá de su dicho.

Por lo anterior, se confirmará la decisión del juez de primera instancia, que resolvió no declarar la nulidad de los dictámenes acusados y de los cuáles se desprende que el señor VICTOR JULIO ROLÒN PEÑARANDA no tenía derecho a que se le reconociera y pagara pensión de invalidez y las pretensiones derivadas tras ello.

Finalmente, por surtirse el Grado Jurisdiccional de Consulta, no habrá lugar a imponer costas al demandante en 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,

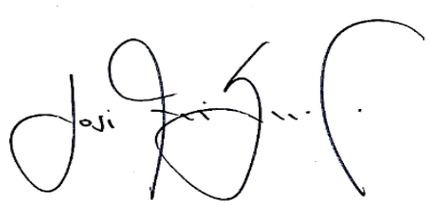
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 02 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, al surtirse el grado jurisdiccional de consulta.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

_____

Secretario

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

Diez (10) de Diciembre de Dos Mil Veinte (2020)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2016-00593-00
RADICADO INTERNO:	18.679
DEMANDANTE:	CUSTODIA AMANDA MOYANO
DEMANDADO:	JAIME ALBERTO OROZCO GÓMEZ

En atención al memorial presentado por la apoderada de la accionante, donde descorre el traslado de la prueba aportada por A.R.L. EQUIDAD SEGUROS, se advierte que en el contenido del escrito se hacen diferentes apreciaciones sobre las conclusiones a que arribó el dictamen de pérdida de capacidad laboral y entre ellas se manifiesta que se rechaza o controvierte la fecha de estructuración establecida en el 13 de mayo de 2019 por no corresponder a la realidad de los accidentes laborales y que no se tuvo en cuenta la falta de rehabilitación de la situación de su columna.

Al respecto, debe señalarse que el artículo 228 del C.G.P. establece como parte de las actuaciones que se pueden ejercer en el término de traslado de un dictamen en contradicción que "*La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones*", así mismo señala que "*En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave*" y en todo caso podrá solicitarse aclaración o complementación.

En ese caso, las manifestaciones de la parte actora no solicitan la comparecencia del perito ni solicitan aclaración o complementación, sino que abiertamente se oponen a sus conclusiones y valoraciones, por lo que se equipararía a una objeción que bajo el actual régimen procesal es improcedente. Por ende, los argumentos expuestos serán valorados al momento de dictar sentencia de segunda instancia y no dan lugar a un trámite adicional.

Agotada así la etapa probatoria que se abrió en esta segunda instancia, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020, se corre traslado a la parte demandante como apelante, para que en el término de cinco (05) días proceda a alegar de conclusión, vencido el cual correrá el plazo para la parte demandada.

Conforme al artículo 4 del citado Decreto Legislativo, en caso de que las partes requieran acceso al expediente, podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) el acceso a las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión.

Surtidos los términos de traslado para alegar, procederá la Sala a proferir la sentencia por escrito, que será publicada por estado, con lo cual se entenderá surtida su notificación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2017-00407-00
Partida Tribunal: 18702
Demandante: NELSON MISE QUINTERO (QEPD)- Y OTROS
Demandada (o): GASES DEL ORIENTE S.A. y JCG INGENIERÍA S.A.S.
Tema: CONTRATO DE TRABAJO
Ref.: CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 24 de julio de 2019, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2017-00407-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 18702 promovido por los menores NELSON STEVEN MISE LÓPEZ y JHOAN CAMILO MISE LÓPEZ en contra de JCG INGENIERÍA S.A.S. y solidariamente contra GASES DEL ORIENTE, S.A. E.S.P.

Una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes,

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

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare que entre el señor

NELSON MISE QUINTERO (QEPD) y JCG INGENIERÍA S.A.S. existió un contrato de trabajo entre el 12 de diciembre de 2013 hasta el 30 de agosto de 2014, sin que esta le cancelara las acreencias laborales que se causaron, y en consecuencia se condene a la pasiva al pago de las mismas y de las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 CST; igualmente solicitó se establezca la solidaridad con GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. en el pago de las sumas a que sea condenada la empresa JCG INGENIERÍA S.A.S.

II. H E C H O S

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos expuestos a folios 64 a 71 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que el señor NELSON MISE QUINTER (QEPD) celebró un contrato de trabajo con JCG INGENIERÍA S.A.S. desde el 12 de diciembre de 2013 ejerciendo el cargo de excavador, con un salario mínimo legal mensual vigente, devengado en la realidad, en promedio, la suma de $900.000 mensuales en virtud de las horas extras laboradas.

2. Que el contrato se celebró por el término de duración de la ampliación de la red de distribución de gas en el área metropolitana de Cúcuta.

3. Que entre JCG INGENIERÍA S.A.S. y GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. se suscribió el contrato GT-CR-102-06-12-2013 para desarrollar la ampliación de red de distribución de gas en el área metropolitana de Cúcuta, la cual ejercía aquella en calidad de contratista.

4. Que el día 30 de agosto de 2014, el señor QUINTERO se vio en la obligación de dar por terminado el contrato de manera verbal, debido al sistemático incumplimiento de la sociedad demandada en sus obligaciones laborales.
5. Que el señor QUINTERO falleció el día 06 de noviembre de 2014, sin que le hubieran cancelado sus acreencias laborales.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada **GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P,** esta aceptó algunos hechos, otros, que no le consta o no son ciertos; se opuso a la totalidad de pretensiones, manifestando que para el caso particular opera la prescripción de las acciones tendientes a reclamar un supuesto derecho de la parte actora, pues para el momento de presentación de la demanda ya habían pasado más de 3 años desde que se hicieron exigibles los estos derechos; indicó además que la empresa no es la llamada a responder por lo pretendido, ya que no ha sido empleador del demandante.

Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de responsabilidad contractual y la genérica.

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

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

Como excepciones de mérito propuso las de “inexistencia del derecho reclamado”, “relación laboral, buena y mala fe prueba no basta un contrato” (sic), carencia de responsabilidad, falta de legitimación por pasiva, limitación de responsabilidad, buena fe, inexistencia de solidaridad, coadyuvancia de las excepciones presentadas por los demandados y la innominada.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 24 de julio de 2019, resolvió declarar la existencia de una relación laboral entre el señor QUINTERO y la empresa JCG INGENIERÍA S.A.S., desde el 12 de diciembre de 2013, sin que se hubiera probado el extremo final de dicho vínculo y, en consecuencia, absolvió de todas las pretensiones a las demandadas.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que de las pruebas obrantes en el expediente es clara la existencia de una relación laboral entre las partes, entre el demandante NELSON MISE QUINTERO y JCG INGENIERÍA S.A.S, desde el 12 de diciembre de 2013; sin embargo, no encontró en el plenario prueba alguna que permitiera establecer la fecha correspondiente al extremo final del contrato, lo que le impidió proceder a imponer condena a cargo de la pasiva.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

PARTE DEMANDANTE. Se limitó la parte demandante a alegar que debido a quebrantos de salud no pudo asistir a la audiencia de trámite y juzgamiento en primera instancia, habiendo solicitado antes de que iniciara la misma, su aplazamiento, sin que el Juez A quo tomara dicha petición en cuenta, y por tanto, los testimonios decretados no fueron recaudados.

PARTE DEMANDADA- GASES DEL ORIENTE, S.A. E.S.P. Indicó la pasiva que luego de haberse conocido la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, se pudo evidenciar la EXCLUSIÓN DE SOLIDARIDAD de GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. respecto del contratista independiente JCG INGENIERIA S.A.S., determinándose de esta manera que los argumentos expuestos por la parte actora en su

escrito de demanda tendientes a hacer valer una supuesta solidaridad en cabeza de GASES DEL ORIENTE carecían de total validez, por lo que lo expuesto en el artículo 34 del código sustantivo del trabajo en el que se menciona la posibilidad de solidaridad en la que incurre el beneficiario del trabajo o dueño de la obra con el contratista, en este caso la demandada JCG INGENIERIA S.A.S por el pago de los salarios y las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, no se configura dentro del presente proceso, puesto que la misma norma expone de manera concreta que si las actividades propias del objeto económico principal del contratista, así como el objeto del contrato celebrado con el contratante, son actividades extrañas respecto del objeto económico principal del dueño o beneficiario de la obra en cuestión, entre los mismos NO HABRIA SOLIDARIDAD por tener objetos económicos principales DIFERENTES.

Que por lo anterior, el Honorable Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 24 de julio de 2019 en su numeral tercero, ABSOLVIÓ a la empresa GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P.; que se demostró que el objeto por el cual dicha empresa contrató a JCG INGENIERIA S.A.S. era tendiente a realizar actividades exclusivas de CONSTRUCCIÓN tal y como se pudo demostrar en los contratos de OBRA CIVIL celebrados, y por el contrario, el objeto social principal de la empresa GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. es exclusivamente el de PRESTACIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS ESPECIFICAMENTE EN CUANTO A LA EXPLOTACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE GAS, dejando en evidencia y demostrado que ambas empresas desarrollan objetos sociales totalmente diferentes y que por tal motivo, no era posible endilgarle la figura de solidaridad a esta última, fallando de esta manera el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito acorde a las normas legales vigentes para el caso en concreto.

LLAMADA EN GARANTÍA- ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA. Se ratificó la parte en lo expuesto en la contestación a la demanda, indicando además que se opone a las pretensiones incoadas y al derecho alegado por el actor en su libelo demandatorio, en razón a que no le asiste a la entidad

obligación alguna derivada de los hechos que motivaron la presente acción, y además porque de las pruebas arrimadas al proceso y de la misma redacción de la demanda se infiere que el demandante les fueron satisfechas las acreencias laborales que se derivaron de los contratos suscritos entre la sociedad JCG INGENIERÍA SAS y sus empleados, como quiera que GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. nunca tuvo la condición de empleador del demandante, lo que impide que la aseguradora responda por las condiciones de las pólizas que garantizan el pago de acreencias laborales ante un incumplimiento de los verdaderos patronos de los demandantes, lo que impide que se produzca declaración en su contra.

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

VI. CONSIDERACIONES

Competencia. Dado que la sentencia de primera instancia fue adversa al trabajador, la Sala asume la competencia para resolver el grado jurisdiccional de consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T.S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Conforme a los argumentos del Juez A quo, **los problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala se reducen a determinar si del caudal probatorio se logra establecer el extremo final del contrato de trabajo declarado entre el señor NELSON MISE QUINTERO y JCG INGENIERÍA, S.A.S.; y en caso de ser afirmativo lo anterior, se deberá estudiar si procede, a cargo de esta última, el pago de las acreencias laborales incoadas en la demanda, así como la condena en solidaridad en cabeza de la empresa GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P.

EXTREMO FINAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

No se discute en esta instancia el contrato de trabajo existente entre el señor NELSON MISE QUINTERO y la empresa JCG INGENIERÍA, S.A.S, a partir

del 12 de diciembre de 2013, el cual fue declarado por el A quo y contra lo cual no se presentó inconformidad alguna; sin embargo, es preciso, con el fin de estudiar la procedencia de las condenas solicitadas, determinar la fecha de terminación de dicho vínculo, haciéndose entonces necesario analizar las probanzas traídas a los autos relevantes para el efecto.

Previo al análisis de las pruebas respectivas, se hace importante señalar que, de forma reiterada y pacífica ha dicho esta Sala que, al demandante le basta con probar en curso de la Litis, la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo; tal como sucedió en el presente caso, que no hubo controversia en este asunto, sin embargo, ello no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

Aclarado lo anterior, y revisado el material probatorio aportado por las partes, encuentra la Sala que el único documento allegado por la parte demandante tendiente a demostrar la existencia de una relación laboral entre el señor MISE QUINTERO (QEPD) y la empresa JCG INGENIERÌA S.A.S. es el contrato individual de trabajo por el término de duración de una obra o labor determinada suscrito por las partes el día 12 de diciembre de 2013, en el cual, dada la modalidad pactada, no se establece una fecha de finalización del vínculo laboral.

En ese orden de ideas correspondía a la parte actora acreditar la fecha de terminación del aludido vínculo laboral, habiéndose señalado en los hechos de la demanda que el día el día 30 de agosto de 2014, el actor se vio en la obligación de dar por terminado el contrato de manera verbal, debido al sistemático incumplimiento de la sociedad demandada en sus obligaciones

laborales, sin que dentro del plenario exista algún elemento de juicio que corrobore dicha afirmación o por lo menos probanzas que de manera aproximada revelen la fecha de finalización del contrato de trabajo declarado por el A quo, razón por la cual no encuentra la Sala que dicho operador jurídico hubiera cometido yerro alguno en su decisión de absolver a la pasiva de las pretensiones incoadas en su contra.

Y es que para efectos de poder cuantificar los derechos en cabeza de un trabajador, es de vital importancia que se conozcan con los extremos temporales en que se llevó a cabo la relación de trabajo, ya que ante la ausencia de los mismos, imposible resulta proferir las condenas pedidas, en la medida que no es dable calcular del monto de las mismas, basados en simples afirmaciones infundadas probatoriamente, carga esta que, como se dijo en precedencia, le corresponde a la parte interesada.

En punto a esta carga probatoria, la CSJ en sentencia con Radicado 25580 de 2006, citada más recientemente en aquellas con rad 33849 de 2009 y 42167 de 2012, indicó lo siguiente:

> *(…) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual* ***cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral,*** *pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.*
>
> *En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:*
> *<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.*

En tal virtud, no le queda otro camino a esta Sala que CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA el día 24 de julio de 2019.

Sin condena en costas por cuanto no se causaron al haberse resuelto el grado jurisdiccional de consulta, el cual opera por ministerio de la Ley.

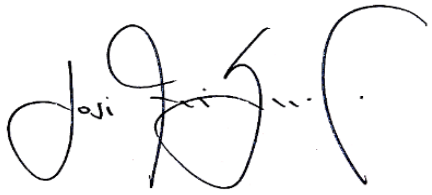
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIMAR la sentencia apelada proferida por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA el día 24 de julio de 2019.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

_____

Secretario

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

Cúcuta, diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO:	**EJECUTIVO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-405-31-03-001-2018-00250-00
RADICADO INTERNO:	18.897
DEMANDANTE:	PORVENIR S.A.
DEMANDADO:	EMPRESA CORTA DISTANCIA LTDA

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ejecutivo laboral promovido por PORVENIR S.A. contra LA EMPRESA CORTA DISTANCIA LTDA, radicado bajo el No. 54-405-31-03-001-2018-00250-00, y radicación interna Nº 18.897 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 05 de diciembre 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 SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a través de apoderado judicial, presentó proceso ejecutivo laboral en contra de La Empresa CORTA DISTANCIA LTDA, en procura de ser librado mandamiento de pago sobe los siguientes conceptos:

- La suma de $35.325.021por cotizaciones pensionales obligatorias dejadas de pagar por periodos entre noviembre de 1998 a junio de 2008 correspondientes a los trabajadores JOSE ROLANDO BATECA NOCUA, CARLOS ARTURO RAMIREZ MALDONADO, JORGE ENRIQUE GAMBOA PABON y $140.295.900 por intereses moratorios causados.

- Por las sumas que se generen por cotizaciones obligatorias que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda más intereses moratorios.

- Emisión de títulos judiciales exclusivamente a nombre de la demandante.

Los fundamentos facticos que expone la demandante, es que los trabajadores base del recaudo, se encuentran vinculados a PORVENIR S.A. Que la parte demanda, no ha cumplido con la obligación consagrada en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y demás concordantes, al dejar de efectuar el pago de aportes a sus trabajadores afiliados al fondo de pensiones obligatorias. Que la demandante, adelantó gestiones de cobro pre jurídico a la parte demandada, no obstante, hubo renuencia al pago.

Con ocasión de lo expuesto, la jueza a *quo*, profirió mandamiento de pago, notificado por estado de fecha 26 de octubre de 2018 (fol. 30-31), corregido por petición de la demandante (fol. 33), a través de providencia notificada el 27 de noviembre 2018 (fol.34) en la cual se ordenó el pago de las pretensiones.

Notificada la parte demandada (fol. 58), contestó (fol. 109-119), oponiéndose de manera parcial a las pretensiones relacionadas con el pago de cotizaciones pensionales, reconoció el pago de las mismas, pero en relación con los señores JORGE ENRIQUE GAMBOA PABON y CARLOS ARTURO RAMIEZ MALDONADO los cuales consideró que ascendían a $192.796.

Se opuso de manera parcial, a las pretensiones relacionadas con el pago de intereses moratorios, dado que reconoció el pago de las mismas respecto a JORGE ENRIQUE GAMBOA PABON y CARLOS ARTURO RAMIEZ MALDONADO, los cuales consideró que, ascendían a $931.200.

No reconoció la obligación pretendida, a propósito de los aportes e interés moratorios tocantes al señor JOSE ROLANDO BATECA NOCUA. Para lo cual arguyó cobro de lo no debido y la existencia de una transacción de fecha 30 de enero de 2012, suscrita entre este último y la entidad demandada, en la cual se declaró a paz y salvo por todo concepto laboral y de seguridad social a La Empresa CORTA DISTANCIA LTDA., respecto a condenas generadas de proceso ordinario laboral 2010-00078, conocido por el mismo juzgado de primera instancia, la cual fue aportada (fol. 95-102).

Como medio exceptivo, propuso remisión, transacción, buena fe, omisión de compromiso, cobro de lo no debido, prescripción de derechos y de acción, así como la innominada o genérica.

Por petición expresa de la demandada (fol.174-175), concedida por el juzgado de conocimiento (fol. 179), fue vinculado en calidad de litisconsorte necesario al señor JOSE ROLANDO BATECA NOCUA, quien fue debidamente notificado (fol. 185) y contestó la demanda a través de apodera judicial (fol. 187-188). Propuso como medio exceptivo, remisión, reconoció la existencia de la transacción, indicó que en ella no se incluyeron los aportes a pensión, en razón a que los mismos se deben hacer al fondo de pensiones demandante, que no podía transar sobre derechos ciertos e indiscutibles y menos, renunciar a ellos o condonarlos.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación presentado por la parte demandada respecto de la sentencia del 5 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios que resolvió lo siguiente:

> *PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones planteadas por la parte demandada, en consecuencia, absolver al llamado en garantía de las pretensiones de la demanda, por lo expuesto.*
>
> *SEGUNDO: Se ordena seguir adelante la ejecución a favor de la ejecutante SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CENSATIAS PORVENIR S.A., en contra de las obligaciones determinadas en el Mandamiento de Pago de fecha 25 de octubre de 2018 corregido por el numeral tercero del Auto del 26 de noviembre de 2018, por lo expuesto.*

TERCERO: Las partes presentar la liquidación del crédito conforme el artículo 446 del C.G. del P.

CUARTO: Condenar a la parte demandada EMPRESA CORTA DISTANCAI LTDA., a favor de la parte demandante por concepto de Agencias en Derecho. Se fija como Agencias la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($2.600.000.oo), suma que se incluirá en la respectiva liquidación, de conformidad con el articulo 365 ibídem.

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Señaló que, los documentos aportados por la parte demandante, en relación con la obligación de aportes a seguridad social en pensión, son base del recaudo del mandamiento de pago proferido.

- Respecto a lo relacionado con la obligación de los empleadores a favor de los trabajadores, según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, tiene varias precisiones, entre ellas, citó Sentencia SL 57026 de 2018, que señala la obligación de cobro de las administradoras de pensiones a empleadores, sobre la omisión o mora en pago de dicha cotizaciones, so pena de tener que asumir las prestaciones derivadas de dicha omisión, a fin de no causar perjuicio a los trabajadores, sin desconocer la obligación de los empleadores.

- Afirmó que, del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la parte demandante está legitimada por activa para hacer efectivo el cobro de las cotizaciones aludidas en el mandamiento de pago.

- En cuanto a la excepción de prescripción, la declaró no probada, con fundamento en que las cotizaciones a pensión adeudadas, no prescriben, según la Superintendencia Financiera, concepto 2006056487 de 29 de diciembre de 2006 y según lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral Sentencia SL- 47044 de 2017, que ordenó pago a pensiones de más de once años atrás.

- A partir ahí, afirmando que las cotizaciones son imprescriptibles y deben ser pagadas por el empleador, entró a verificar el asunto inherente a la transacción que fundamentó el llamado en garantía.

- Con relación a ello, manifestó que si bien es cierto, existe un contrato de transacción, nada dice en relación a que se subroga el pago de la obligación a la entidad demandante, toda vez que: 1) No hay prueba de cesión de crédito aprobado por la administradora de pensión, 2) Existe un paz y salvo que versa sobre lo discutido en un proceso ordinario que también fue conocido por ese mismo despacho y confirmado por el Tribunal, pero nada se establece sobre los aportes a pensión discutido en el proceso ejecutivo.

- Con todo, considera que ninguna de las excepciones estaba llamada a prosperar, en atención a que la parte demandada no demostró por ningún medio el pago de las obligaciones a su cargo previstas en el mandamiento emitido, mucho menos, que existiera otro deudor a cargo de la obligación.

- Indicó que, de todos los documentos allegados en la demanda, se desprendió una obligación a cargo de la ejecutada, prevista en el artículo 422 del CGP, 100, 101, 145 del CPT, lo dispuesto en Decreto 2633 de 1994 y en aplicación del artículo 440 y 366 del CGP resolvió condenar.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 Parte demandada.

El apoderado de la empresa CORTA DISTANCIA LTDA presentó y sustentó recurso de apelación contra la decisión, solicitando su revocatoria total, con fundamento en los siguientes reparos:

- El despacho en primera instancia, no valoró en debida forma el reconocimiento de derechos laborales y el acuerdo de pago suscrito por la empresa demanda y el señor JOSE ROLANDO BATECA NOCUA de fecha 30 de enero de 2012.

- Señala que, la transacción es un contrato que entre las partes que termina extra judicialmente un litigio pendiente, o precave litigio eventual, que es un mecanismo legitimo para la terminación de un conflicto entre las partes, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos, siempre y cuando no esté afectada por algún vicio de consentimiento, desconozca derechos ciertos e irrenunciables y no vulnere la constitución y la ley.

- Para el caso concreto, manifestó que el reconocimiento de derechos laborales y acuerdo de pago celebrado entre las partes, tiene fuerza de cosa juzgada porque el demandado litisconsorte necesario JOSE ROLANDO BATECA:

  a) No demostró la existencia de algún vicio de conocimiento
  b) Expreso en el literal f) del documento en mención "Declara a paz y salvo por todo concepto laboral y de seguridad social a la empresa CORTA DISTANCIA LTDA y de todas las condenas generadas del proceso ordinario laboral radicado 2010-00078-00.
  c) Se desempeñó como asesor jurídico de la empresa CORTA DISTANCIA LTDA, por lo tanto, por ende el contrato celebrado entre las partes se celebró bajo un juicioso y ponderado examen de su contenido entre las partes, más aun, cuando el aludido abogado, es especialista en derecho laboral, que refrenda el convenio con su firma, surtiendo los efectos de cosa juzgada.

- Consideró que, quedaba en evidencia que en el reconocimiento de derechos laborales y acuerdo de pago firmado por las partes, no se conciliaron derechos ciertos e irrenunciables como lo afirma el juez de primera instancia, toda vez que, con la transacción firmada y al ser declarada a paz y salvo por todo concepto la empresa demandada respecto de las acreencias del proceso ordinario, el litisconsorte necesario. no renunció, ni concilió derechos ciertos e indiscutibles, en especial los pensionales, solo los declaró a paz y salvo, de lo que se desprende que, el señor JOSE ROLANDO BATECA NOCUA se comprometía a hacer los pagos como persona independiente a la AFP PORVENIR, por cuanto considera que, con la transacción, se relevó la empresa CORTA DISTANCIA LTDA del pago de las cotizaciones pensionales, por lo cual, afirma que el proceso ejecutivo debió terminar.

- Hizo mención de una sentencia del Tribunal del Distrito Superior del Bogotá, Sala de Decisión Laboral, Magistrado Ponente Jorge Alberto

Giraldo Gómez, Proceso Ejecutivo, radicado No. 01-2003-0527-01 del 18 de junio de 2004, que afirmó que cuando el titulo ejecutivo provenga de una sentencia, de un laudo de condena o en otra providencia que conlleve ejecución, solo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre y cuando se dé base en hechos posteriores a las respectivas providencias.

- Así mismo, recordó que el mandamiento de pago nace de la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios, no obstante, indicó que el proceso ordinario laboral radicado 2010-0078, fue objeto de transacción, la cual se suscribió con posterioridad al proceso ordinario, en consecuencia, considera que se debe dar aplicación a lo contenido en el artículo 442 # 2 del CGP por expresa remisión del artículo 145 del CPT.

- Indicó que, el litisconsorte, en su condición de socio, al suscribir el pluricitado acuerdo, condonó a la empresa demandada del pago de cualquier suma de dinero generada por concepto de indemnización moratoria, costas procesales y cual quiere clase de interés moratorio causado a su favor.

- Echó de menos que la jueza, no valorara en debida forma la excepción de remisión frente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en el acta No. 240 de la asamblea general extraordinaria de socios de la empresa demanda, de fecha 07 de enero de 2012, donde se determinaron los por menores de la transacción, la cual fue allegada y se ve a folios 106-108 del expediente.

- Manifestó que, la empresa pagó lo debido según la transacción y actuó de buena fe y que el señor JOSE ROLANDO BATECA NOCUA nunca pago los aportes a Seguridad Social a los que quedó expresamente comprometido y por ende debía encontrarse prospera la excepción de buena fe de la demanda y omisión de compromiso parte del litisconsorte.

- Hizo mención de comunicación de fecha 22 de mayo de 2018 vista a folio 115-116 del expediente, remitido por parte de la Dra. Sandra Patricia Velásquez Beltrán, funcionaria de la demandante, frente al requerimiento 9305048 emitido desde el correo electrónico de PORVENIR, donde comunicó a la empresa demanda que no existía deuda relacionada con el litisconsorte, con lo cual itera, que la demandada no adeuda lo pretendido por la AFP, porque al aceptar la inexistencia de la obligación aludida, generó confianza legítima, por lo tal advierte un cobro de no lo debido.

- Se ratificó en la contestación de la demanda y las pruebas aportadas.

4. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

Hace notorio los artículos 22 al 24 de la Ley 100 de 1993, para justificar la acción de cobro de la AFP.

Manifiesta que, los acuerdos privados y/o transacciones, suscritas entre el empleador y su trabajador, referente a derechos ciertos e indiscutibles, no tiene ninguna validez y cita Sentencia 32051, 17 feb 2009, Sentencia 67312 del 13 de noviembre de 2019 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que el artículo 15 del CST, advierte que la transacción no es válida cuando versa sobre derechos ciertos e indiscutibles y adicionalmente el artículo 2469 del Código Civil indica la no existencia del contrato de transacción cuando se renuncia a un derecho que no se disputa (porque es mínimo e irrenunciable).

Que los aportes a este sistema están unidos al Derecho a la Seguridad Social, como un derecho de carácter irrenunciable y cita el artículo 48, 49 y 58 de la Constitución Política, además de los artículos 13, 14 y 15 del CST.

Que en el presente asunto, no se pueden invocar normas civiles, para así, dar alguna validez al acuerdo transaccional, pues, lo que se debate, recae en el campo del derecho laboral, y más exactamente el derecho a la seguridad social, por tratarse del pago de los aportes pensionales del ex trabajador de la pasiva.

Que debe tenerse en cuenta el principio jurídico absoluto que consagra "El desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, contenido en el artículo 9 Código Civil Colombiano y el artículo 56 del Código de Régimen Político y Municipal, Ley 4a. de 1913 y cita Sentencia C-651/97 del 3 de diciembre de 1997.

Que la comunicación remitida por la doctora Sandra patricia Velásquez Beltrán, donde supuestamente, se expedía una paz y salvo, respecto del pago de los aportes pensionales del litisconsorte necesario, se aleja de la realidad.

Que la presente acción ejecutiva, fue una petición realizada por el mismo señor BATECA NOCUA, quien el día 05 de abril de 2018, solicitó a la AFP PORVENIR, el cobro de sus aportes pensionales a la empresa CORTA DISTANCIA.

Que dicha obligación, fue consolidada el día 28 de mayo de 2018, luego de haberse iniciado un trámite interno de cobro persuasivo y seguidamente cobro pre jurídico de fecha 15 de agosto de 2018, el cual fue desatendido, desperdiciando la oportunidad legal que tenía para presentar sus descargos respecto del mismo.

- **PARTE DEMANDADA:**

Manifestó que, el A quo, no valoró debidamente el reconocimiento de derechos laborales y acuerdo de pago firmado entre el la demanda y el litisconsorte necesario.

Que dicho documento, es una transacción según los términos del artículo 2463 del Código Civil y citó Sentencia STC 14424-2017 donde la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, hace un estudio sobre el particular.

Que el acuerdo alcanzado en dicho contrato, tiene la connotación de cosa juzga y reitero todos los argumentos de la impugnación.

Que hubo indebida valoración probatoria y citó la Sentencia de la Corte Constitucional T-442, para afirmar que no se valoró debidamente el acta 240 de la asamblea de socios de la demanda para declarar probada la excepción de remisión.

Que hubo buena fe en la demanda, en cumplimiento de los acuerdos alcanzados en la aludida acta y citó apartes de la Sentencia C-1194 de 2008 que versa sobre *la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra.*

Reiteró los argumentos expuestos en la apelación, respecto de manifestación de la AFP, en la cual se informa sobre la inexistencia de obligación por concepto de pensiones, sobre el litisconsorte necesario.

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 proceso ejecutivo se deriva de una pretensión de pago por aportes correspondientes a cotizaciones obligatorias al fondo de solidaridad pensional e intereses moratorios causados, en virtud de la omisión del empleador demandado, respecto de los trabajadores JORGE ENRIQUE GAMBA PABON, CARLOS ARTURO RAMIREZ MALDONADO y JOSE ROLANDO BATECA NOCUA.

En ese particular, dentro del proceso, se reconoció de manera parcial, la obligación pretendida respecto de los aportes pensionales y los intereses moratorios relacionadas con el señor JORGE ENRIQUE GAMBA PABON, CARLOS ARTURO RAMIREZ MALDONADO, no obstante, no se vislumbra que se haya presentado recurso de reposición alguno frente al mandamiento de pago, por lo cual, es claro que el titulo ejecutivo base del recaudo, cumplió los requisitos formales según lo prevé el artículo 430 del CGP, razón por la cual, el litigio se centró en la pretensión relacionada con los aportes pensionales e intereses moratorios, sin embargo, la defensa de la demandada, orientó sus esfuerzo, a lo que atañe a la obligación pretendida por la ejecutante, en lo específicamente concerniente con el trabajador JOSE ROLANDO BATECA NOCUA, quien fue vinculado como litisconsorte necesario a petición de ésta.

De ahí que, tanto la entidad demanda, como el litisconsorte necesario, hicieron notorio en los escritos a través de los cuales concurrieron al proceso, la existencia de una transacción (fol. 95-102), derivada de condenas emitidas en el marco del proceso ordinario laboral, en el que se declaró la presencia de un contrato laboral, en consecuencia, se condenó al pago de vacaciones, primas de servicios, auxilio de cesantías, indemnización por terminación de contrato sin justa causa, sanción por no pago oportuno de cesantías, sanción moratoria del artículo 65 del CST y costas.

Posteriormente en segunda instancia, ésta Sala de decisión, modificó la Sentencia, en el sentido de reajustar la indemnización del artículo 65 del CST, indicando el pago hasta el mes veinticuatro, con base en último salario devengado, a partir del mes veinticinco, con base en los intereses moratorios de acuerdo a la tasa máxima legal fijada por la Superintendencia Financiera, hasta que se verifique el pago.

Así mismo, modificó lo decidido por la jueza de instancia, a fin de condenar al reconocimiento y pago a favor del actor, de las cotizaciones no realizadas, del 30 de marzo de 2000 al 30 de junio de 2008 y reajuste a las cotizaciones realizadas por la demandada, con base en el salario realmente devengado por el actor del 1 de julio de 2008 al 26 de febrero de 2010, confirmando los demás aspectos de la sentencia de primera instancia.

Por lo tanto, no es cierto como se afirma en la apelación, que el mandamiento de pago, nace de la Sentencia proferida dentro del proceso ordinario, pues, salta a la vista que, dicho mandamiento, tuvo origen en un título ejecutivo complejo, compuesto por varios documentos que evidenciaban una obligación, clara,

expresa, exigible, por parte del empleador demandado, originada por la omisión de aportes pensionales e intereses de mora causados, en relación a tres trabajadores, dentro de los cuales se encuentra el litisconsorte necesario, pero no era el único concepto que originaba la obligación pretendida.

Hechas las anteriores precisiones, al estudiar los demás argumentos esgrimidos en la impugnación, se tiene el apoderado de la parte demandada, orienta sus reparos a la decisión proferida por la jueza, haciendo especial énfasis en la indebida valoración que, a su juicio, se realizó sobre las excepciones de transacción, remisión, buena fe y omisión de compromiso por parte de litisconsorte, frente a la realización de los aportes pensionales.

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., se 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.*".

Bajo el cobijo de las anteriores normas, esta Sala, precisa necesario estudiar el alcance de la transacción en materia laboral, dado que fue una de las excepciones propuestas por la demandada, la cual nuevamente se enrostra en la apelación, partiendo de la base que es un hecho cierto, aceptado por las partes, que fluye del material probatorio que obra dentro del proceso.

En ese tenor, habrá de decirse que, la valides de la transacción está prevista en el articulo15 del CST, que reza: *"Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles."*

Considerando que, no está regulada en forma expresa en la norma procesal laboral, está, autorizada en la remisión del artículo 145 del CPT, dar aplicación a lo instituido en el 312 del CGP, cuando ésta surge como instrumento contractual, para proceder con la terminación anormal de un proceso.

No obstante, sobre los aspectos que pueden ser objeto de transacción en materia laboral, la Corte Suprema de Justicia Sala Labora, explicó en Sentencia CSJ SL3487-2020 lo siguiente:

> *"Para resolver, conviene no olvidar que la transacción, como figura contractual aplicable en el derecho del trabajo (CSJ AL1761-2020), resulta válida cuando: i) exista un litigio pendiente o eventual (art. 2469 C. Civil), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S.T.), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios y, iv) se presenten concesiones mutuas o recíprocas (CSJ AL3608-2017)".*

En ese sentido, al descender al caso concreto, se evidencia que en efecto:

i) Existía un derecho litigioso derivado de un proceso ordinario con sentencia en firme de primera y segunda instancia, que se procuró resolver a través de la celebración del contrato de transacción, en el que se vislumbra acuerdos sobre reconocimiento y pago de vacaciones, prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria.

ii) Dicho acto jurídico, expresó la voluntad de las partes, sin que se haya probado algún vicio de consentimiento para su suscripción, sumado al hecho que, versa sobre concesiones reciprocas entre las partes en tanto que se perfeccionaron pagos de manera célere, se condonaron intereses, entre otros aspectos.

iii) Respecto de derechos ciertos e indiscutibles, se tiene que, nada se menciona en lo específicamente relacionado con los aportes pensionales, como lo afirma el apoderado de la parte demandada al momento de sustentar el recurso sub examine, en el entendido que, más allá de la manifestación del literal f) del documento que prevé una declaratoria de paz y salvo por conceptos laborales y de seguridad social en favor de la demandada, en ningún aspecto del precitado instrumento contractual, se confieren concesiones sobre la materia, menos se aprecia una subrogación o relevo, por parte del litisconsorte al empleador demando respecto de la responsabilidad del pago de aportes, como así bien lo hizo notorio en su decisión el juzgado de instancia.

Sobre este particular, tampoco pude pasar por alto ésta Sala de decisión, que fue justamente el litisconsorte necesario, quien requirió mediante apoderado judicial, a PORVENIR S.A., el cobro al empleador moroso CORTA DISTANCIA LTDA, de los aportes a cotización al sistema general de pensiones a su favor, mediante escrito calendado 05 de abril 2018 (fol. 140-146), sumado al hecho que, en la declaración rendida en el interrogatorio de parte surtido dentro del proceso ejecutivo laboral, fue categórico en afirmar que la transacción suscrita, no contempló ningún aspecto inherente a los aportes pensionales, más allá de la declaratoria de paz y salvo aludida.

Lo anterior, se acompasa, con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en Auto AL2534-2020, Radicación n.°86173 en la cual señalo:

> *(…) si bien existen casos en los que es posible llegar a acuerdos frente a tales contribuciones a fin de terminar el litigio, ello es posible siempre que el mismo no sea abusivo o lesivo para los derechos de la persona trabajadora (CSJ AL1761-2020).*

Así mismo, más adelante indicó:

> *En esa dirección, debe tenerse en cuenta que la financiación o los aportes que permiten estructurar una eventual pensión y otras prestaciones de la seguridad social son, por principio, prerrogativas irrenunciables sobre las cuales las partes no pueden disponer, así sea a través de contratos o mecanismos donde concurra su voluntad (CSJ SL1982-2019).*

De lo anterior se infiere, que las precisiones empleadas sobre la remisión, la transacción y la omisión de compromiso de litisconsorcio, que dan fundamento al recurso que nos ocupa, resultan inanes, toda vez que, es claro que la transacción, no puede versar sobre prerrogativas irrenunciables, sobre las cuáles las partes no tienen potestad, como ocurre con el caso de los aportes en materia pensional, según la precisión de la cita jurisprudencial anterior, en consecuencia, la remisión invocada, corre la misma suerte, en el entendido que cualquier concesión, no podría discurrir sobre el aspecto antes citado, mucho menos, la omisión de compromiso, la cual, advierte el recurrente recae en el litisconsorte, sin embargo, es claro en armonía con lo expuesto, que carece de fundamento jurídico.

Tampoco es de recibo el argumento esgrimido sobre la buena fe, el cual se cimienta en correos de fecha 22 de mayo de 2018 remitidos por la funcionara SANDRA PATRICIA VELASQUEZ BELTRAN, adscrita a la AFP demandante, enrostrados en la contestación de la demanda (fol. 114-116) a través del cual, se

informa que no existe deuda por parte de la demanda respecto de aportes pensionales en favor del señor BATECA NOCUA, si a consideración se tiene que, obra dentro del expediente reclamación a través de la cual, la misma AFP, exige el pago de aportes pensionales en mora objeto de litigio, de fecha 15 de agosto de 2018 (fol.11-20), entregado a través de correo postal certificado el día 21 de agosto de 2018 (fol.14), máxime, si se considera que dichas calendas, son anteriores a la radicacion de la demanda que tuvo lugar el día 18 de octubre de 2018 (fol. 29).

Con todo, salta a la vista para esta Sala, que la decisión del juzgado de instancia, está ajustada a derecho, que no erró en la valoración probatoria cuestionada por el apoderado de la demandada, por lo cual, no existe camino distinto que confirmar la decisión de primera instancia que ordenó seguir adelante con la ejecución.

Así mismo, se condena en costas en esta instancia a la parte demandada dado que fue impróspero el recurso de apelación, fijando como agencias en derecho el equivalente a 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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:

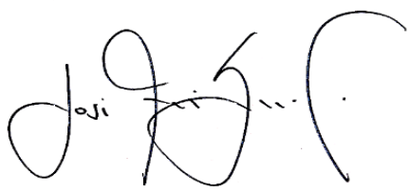
PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia dictada por la Juez Civil del Circuito de Los Patios del 05 de diciembre de 2019 que ordenó seguir adelante con la ejecución, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho de segunda instancia 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Proceso: Ejecutivo- Contrato de Trabajo
Rad. Juzgado. 54-498-31-05-001-2018-00021-00
Partida Tribunal: 18895
Juzgado: Único Laboral del Circuito de Ocaña
DTE/ HÈCTOR DIOLIMER BAYONA
DDO/ SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE DE ÁBREGO
Asunto: Apelación de Auto

San José de Cúcuta, diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte ejecutante, contra la decisión tomada por el juez Único Laboral del Circuito de Ocaña el día 16 de octubre de 2019, dentro del proceso ejecutivo laboral con Radicado Nº 54-498-31-05-001-2018-00021-01 y Partida de este Tribunal Nº 18895, promovido por el señor HÉCTOR DIOLIMER BAYONA mediante apoderado judicial, en contra de la SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE DE ÁBREGO.

I. ANTECEDENTES

El señor HÉCTOR DIOLIMER BAYONA presentó solicitud de librar mandamiento de pago contra de *la SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE DE ÁBREGO*, la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES EL MOTILÓN LTDA. y la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES UNIDOS DE OCAÑA, siendo el título ejecutivo la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña el día 19 de febrero de 2019 (folios 136 a 138) y el auto que aprobó las costas el día 21 de febrero de 2019.

II. AUTO OBJETO DE APELACIÓN

El juzgado de primera instancia por decisión de fecha 16 de octubre de 2019 (folios 248 y 249) procedió a librar mandamiento de pago a favor del ejecutante y cargo de *la SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE DE*

ÁBREGO, habiendo, sin embargo, negado la ejecución a cargo de las empresas COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES EL MOTILÓN LTDA. y la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES UNIDOS DE OCAÑA, teniendo en cuenta que tales entidades no fueron condenadas en la sentencia base de la ejecución, ni fueron vinculadas en el proceso ordinario llevado a cabo.

III. APELACIÓN PARTE EJECUTANTE

Frente a esta decisión, el apoderado del señor HÉCTOR DIOLIMER BAYONA, presentó recurso de reposición, y en subsidio el de apelación, siendo aquel resuelto de manera desfavorable por el A quo.

Fundamentó la activa sus recursos, en lo siguiente:

- Que el artículo 36 del CST establece que «son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y solo hasta el límite de responsabilidad de cada social, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión».
- Que la anterior transcripción normativa genera un alcance eficaz acerca de la materialización de los derechos laborales en tanto, los mismos no sean burlados a través de figuras jurídicas y entelequias societarias temerarias como las que se patentizan en el asunto concreto.
- Que en la actualidad financiera de la SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE DE ÁBREGO se cuenta con un capital ínfimo que de ninguna manera responde a las consecuencias jurídicas del fallo que presta mérito ejecutivo.
- Que no es de recibo que se pretendan desconocer derechos laborales, por interpretaciones jurídicas tradicionales que no apelan a criterios tales como el activismo judicial y la tutela judicial efectiva.
- Que en estricto cumplimiento del principio de solidaridad en material laboral, solicita se revoque el auto proferido por el A quo y se libre mandamiento de pago en contra de la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES EL MOTILÓN LTDA. y la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES UNIDOS DE OCAÑA.

IV. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001,

que señala que es apelable el auto "(…) *que decida sobre el mandamiento de pago.*"

Como viene de verse, habiendo librado el A quo mandamiento de pago en contra de *la SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE DE ÁBREGO*, la parte ejecutante solicita que se libre, además, orden de pago en contra de la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES EL MOTILÓN LTDA. y la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES UNIDOS DE OCAÑA, las cuales son, según lo manifestó la parte activa en su demanda, son las propietarias de la primera.

En aras de proceder con las decisiones que en derecho corresponden dentro del presente asunto, es necesario revisar la sentencia proferida dentro del proceso ordinario, la cual sirve de base para la ejecución que se pretende.

A folios 136 y 137 se observa el acta de la audiencia pública de juzgamiento llevaba a cabo el día 19 de febrero de 2019 por el Juez Único Laboral del Circuito de Ocaña, quien resolvió DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre HÉCTOR DIOLIMER BAYONA y la SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE ÁBREGO LTDA, desde el 22 de diciembre de 2011 hasta el 18 de enero de 2018, condenado en los demás numerales a dicha empresa al pago de las prestaciones sociales causadas, los aportes a pensión, entre otras erogaciones, sin que se llegara siquiera a mencionar a la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES EL MOTILÓN LTDA. y la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES UNIDOS DE OCAÑA; y es que al estudiarse la demanda ordinaria laboral presentada inicialmente, se observa que las mismas no fueron incluidas como extremo pasivo, y por tanto, nunca fueron vinculadas al proceso.

No obstante lo anterior, insiste el ejecutante que, en virtud de la solidaridad consagrada en el artículo 36 del CST, debería librarse mandamiento de pago en contra de las personas jurídicas que figuran como socias de la empresa condenada en juicio.

Con respecto a la vinculación en un proceso judicial de las personas, ya sea naturales o jurídicas, de quienes se pretenda obtener una condena en solidaridad, la HCSJ manifestó lo siguiente en su providencia SL 28, abr, 2009, rad. 29522, citada en la sentencia SL12234-2014:

> *De esta manera, el responsable principal de las deudas laborales ha de ser siempre parte procesal cuando se pretenda definir la existencia de las deudas laborales; y ello es condición previa, en caso de controversia judicial, para que se pretenda el pago de la misma, en el mismo proceso o en uno posterior;* ***los deudores solidarios, a su turno, han de ser necesariamente partes procesales en los procesos que tengan por objeto definir la solidaridad****, esto es, si se dan o no los presupuestos para declarar tal responsabilidad solidaria frente a la deuda laboral, reconocida por*

el empleador, o declarada judicialmente en proceso, se repite, anterior o concomitante.

(…)

La actuación procesal del deudor solidario, en proceso en el que se le ha llamado a integrar el litisconsorcio con el responsable principal, o en uno posterior al que ha resuelto la controversia sobre la definición de la obligación materia de la solidaridad, y con la pretensión de condenarlo a que asuma el pago de la misma, ha de encaminarse a allanarse o defenderse, aceptando o controvirtiendo el que se den los supuestos sobre los que se edifica la solidaridad, esto es, sobre si se reúnen o no, por ejemplo, los requisitos del artículo 34 del C.S.T. para el beneficiario de la obra, del artículo 35 en tratándose del intermediario, o del artículo 36 para el socio de una sociedad, o si ésta se da, presentando excepciones personales frente al actor, conducentes a enervar la obligación de pago, como por ejemplo acreditando que éste ya fue realizado, o que operó el fenómeno de la compensación, de la novación, o de la prescripción, entre otros.

Se ha de advertir que la solidaridad que se reclama en el sub examine tiene por fuente la ley, premisa que no desvanece la circunstancia de que el contenido de tal obligación haya sido precisado por una sentencia judicial, de la manera que se pretende cuando se alega que con ello lo que se violaría el principio de que las sentencias tienen efectos inter partes; ciertamente lo que obra es el imperio de la ley.

De lo anterior, surge evidente para esta Sala que no es posible acceder a lo solicitado por el señor HÉCTOR DIOLIMER BAYONA, dado que, si bien le asiste la razón en cuanto se encuentra legalmente considerada la posibilidad de que los socios de una sociedad de personas, como lo es la limitada, sean declarados solidariamente responsables, hasta el límite sus aportes, de las obligaciones laborales en cabeza de esta última, quien actúa como empleador y por tanto, deudor principal, tal eventualidad necesariamente debe ser estudiado dentro de la oportunidad pertinente, esto es, durante el proceso ordinario laboral, en el cual, las propietarias de la empresa en juicio sean vinculadas y tengan la oportunidad de controvertir lo pretendido en su contra.

Y es que, en este caso, en el título base de la ejecución, es decir la sentencia judicial de fecha 19 de febrero de 2019, únicamente se determina como obligada a la *SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE DE ÁBREGO* sin que nada se hubiera dicho con relación a las cooperativas ya mencionadas.

Así las cosas, al no haberse presentado la demanda ordinaria en contra de la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES EL MOTILÓN LTDA. y la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES UNIDOS DE OCAÑA, el librar en su contra una orden de pago dentro de un proceso ejecutivo, sin que hubieran sido previamente vinculadas y condenadas en un proceso ordinario, sería a todas luces una vulneración flagrante de su derecho a la defensa y al debido proceso, no quedando otro camino para esta Sala que CONFIRMAR el auto

proferido por el Juez Único Laboral del Circuito de Ocaña el día 16 de octubre de 2019.

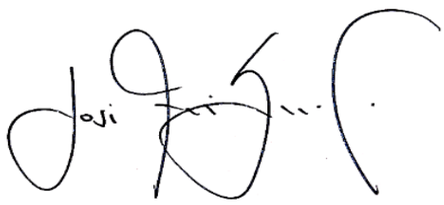
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por intermedio de su Sala de Decisión Laboral,

V. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de fecha 16 de octubre de 2019, proferido por el Juez Único Laboral del Circuito de Ocaña, por las razones advertidas en la anterior motivación.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 120, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de diciembre de 2020.

Secretario