



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

Veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2014-00139-00
RADICADO INTERNO:	16.263
DEMANDANTE:	JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A -AFP PROVENIR S.A

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO contra ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A – A.F.P PORVENIR S.A Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2014-00139-00 y Radicado interno No 16.263 de este Tribunal Superior para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 9 de marzo de 2015, 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

El señor JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO, mediante apoderado judicial, interpone demanda ordinaria laboral contra PORVENIR S.A. para que se declare como beneficiario del régimen de transición y que se le reconozca pensión de vejez conforme a la Ley 33 de 1985, ordenando el pago de una mesada pensional en cuantía de \$989.175 a partir del 20 de abril de 2011, con las mesadas adicionales de junio y diciembre y los intereses de mora causados desde esa fecha; que en forma subsidiaria se ordene el reconocimiento de pensión de invalidez por pérdida de capacidad laboral o por hijo discapacitado a cargo, en los términos de la Ley 797 de 2002, a partir de la misma fecha y también con ambas mesadas adicionales e intereses moratorios. También de manera subsidiaria, que se condene a PORVENIR a los perjuicios materiales y morales.

Como fundamento fáctico refirió que por más de 23 años prestó servicio continuo a entidades públicas entre el 23 de octubre de 1972 hasta el 22 de marzo de 1995 a entidades como el INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER, HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE CÚCUTA y HOSPITAL ERASMO MEOZ DE CÚCUTA, siendo reconocido bono pensional con tiempo válido de 8.150 días o 1164 semanas por parte del

Ministerio de Hacienda; que el 15 de febrero de 1988 fue afiliado por el HOSPITAL ERASMO MEOZ al I.S.S. Que el 1 de abril de 1995 fue afiliado al FONDO DE PENSIONES HORIZONTE S.A., donde le informaron que podía pensionarse cuando quisiera sin importar la edad y sin informarle los efectos sobre su régimen de transición, realizando a ese fondo un total de 356.57 semanas con la TESORERÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA como último empleador con un salario mensual de \$818.040, contando entonces con un total de 1.520 semanas cotizadas. Que la AFP PORVENIR S.A. no le informó al afiliado que podía volver al régimen de prima media por tener más de 15 años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994. Que el actor es padre del menor JUAN DIEGO DONADO RIBÓN, quien padece Síndrome de Down y es dependiente de él, asignándole los cuidados el Juzgado Quinto de Familia de Cúcuta. Que el actor ha sido calificado con 52.97% de pérdida de capacidad laboral y además también responde por su progenitora, de 89 años. Que el 20 de abril de 2011 solicitó a la demandada el reconocimiento de pensión de invalidez y de vejez por hijo inválido a cargo, que le fue negada y también tras otra reclamación del 19 de marzo de 2014.

La demandada A.F.P. PORVENIR contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones, señalando que el actor ya tiene resuelta su situación pensional pues como resultado de acción de tutela conocida en el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cúcuta se le realizó la devolución de los saldos de su cuenta de ahorro individual por total de \$114.617.118, donde se incluyó el bono pensional a su favor expedido. Que el actor se vinculó libremente al RAIS y en este no aplica el régimen de transición solicitado, beneficiándose de las prestaciones consagradas para el régimen de ahorro individual y manteniendo actualmente su cuenta sin financiación por esta razón, no siendo dable acceder a las prestaciones subsidiarias como la pensión de vejez por hijo discapacitado, por ser también ajena al RAIS y por ende al apearse su actuación al régimen jurídico aplicable, no habría lugar a daños que ser reparados. Propone como excepciones de mérito INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, PAGO, COMPENSACIÓN, PRESCRIPCIÓN y GENÉRICA.

La llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., contestó a su vinculación oponiéndose a las pretensiones por carecer de respaldo al estar consolidada su situación pensional, pues ya ha reclamado su devolución de saldos y no es dable reclamar el reconocimiento de otras prestaciones, incluyendo algunas ajenas al régimen de ahorro individual, sin tener los requisitos para acceder a la pensión de invalidez reclamada por no contar con semanas cotizadas en los 3 años anteriores a su estructuración. Propone como excepciones de fondo que la cobertura de la póliza está limitada a sus condiciones expresas, a la suma asegurada y no cubre la pensión anticipada de vejez, prescripción y genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 9 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta que resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declaró probada la excepción de inexistencia del derecho pretendido propuesta por Porvenir Sociedad Administradora de Fondos de

Pensiones y Cesantías S.A, de conformidad con las motivaciones de la sentencia.

SEGUNDO: *Absolvió a la demandada Porvenir Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A y la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA SEGUROS, de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO, conforme a las motivaciones de la sentencia.*

TERCERO: *Costas del proceso en esta instancia a cargo de la parte demandante”.*

2.2. Fundamento de la decisión impugnada

El Juez de conocimiento sustentó la decisión de primera instancia en lo siguiente:

- Que en el expediente se encuentra probado que el señor JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO prestó servicios por más de 20 años a entidades públicas entre los años 1972 a 1995 y que para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicios por lo cual en principio se entendería cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

- Que en el trascurso de su vida laboral, el actor en un comienzo cotizó a CAJANAL como se desprenden en constancias obrantes a folios 16 a 20 del plenario, y posteriormente, a partir de su vinculación a la E.S.E HOSPITAL ERASMO MEOZ según certificación laboral cotizó en pensión ante el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES desde el 1° de enero 1988 al 30 de julio de 1995, y seguidamente, a partir del 1 de agosto de 1995 al 31 de julio de 1999 cotizó en pensión ante el fondo privado horizonte fol. 22.

- Que el apoderado del demandante alegó que su cliente fue engañado, mal asesorado, perjudicado moral y materialmente por el fondo de pensiones por intermedio de su asesor ya que su por negligencia no le fue puesto en conocimiento que al trasladarse de régimen de prima media a un fondo privado perdería las prerrogativas que en su anterior fondo podría llegar a tener.

- Indicó, que si bien desde un comienzo el actor estuvo protegido por el régimen de transición también lo es que no existe al expediente prueba alguna que indique la actuación de mala fe a que hizo referencia el actor, ya que se limitó a realizar apreciaciones que no prueba, como era su obligación de conformidad al art 177 del C.P.C aplicable de manera analógica en materia laboral quien pretenda hacer valer un hecho debe probarlo.

- Como pruebas allegadas al cuaderno anexo se encuentran, la solicitud de emisión y pago de bono pensional por parte del actor hacia el fondo administrador, solicitud de traslado a fondo privado, y la calificación de su pérdida de capacidad laboral que es superior al 50% con fecha de estructuración de invalidez a partir del 12 de enero de 2010; así mismo, se aportó prueba de las acciones constitucionales de tutela que instauró el demandante contra el fondo demandado a través de la cual en la primera de ellas se ordenó al fondo reconocer y pagar de manera provisional pensión de invalidez a favor del actor advirtiendo que era provisional que debía iniciar acción ordinaria pertinente para el reconocimiento definitivo.

- Que el fondo en cumplimiento de esta sentencia reconoce y paga mesadas pensionales hasta por la suma de \$10.413.008 que acepta mediante interrogatorio de parte el demandante haber recibido, sin embargo el actor no inició la acción ordinaria que le correspondía situación que fue aceptada al absolver interrogatorio de parte, en donde se le había advertido en la tutela que ese reconocimiento era provisional y que debía ejercer la acción ordinaria dentro de los 4 meses siguientes lo que no hizo el demandante.

- Que al realizar el estudio pertinente para el reconocimiento de su pensión de invalidez se estableció que el actor no cumplió con los requisitos de cotización de aportes durante los 3 últimos años anteriores a la estructuración de invalidez, razón por la cual, el fondo demandado negó este reconocimiento, decisión que el a quo encontró ajustada.

- En cuanto al reconocimiento de pensión de vejez en favor del actor y con fundamento en la Ley 33 de 1985 y/o por tener un hijo discapacitado, indicó el a quo que debe tenerse en cuenta que al momento en que el actor transfirió sus aportes del régimen de prima media al régimen de ahorro individual de manera automática perdió las prerrogativas del régimen de transición contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que concluyó que no le es aplicable a su favor la Ley 33 de 1985.

- Que al no haber probado su dicho el actor como era su obligación, no encontró existencia de mala fe o vicio de consentimiento al momento de diligenciamiento de su traslado a un fondo privado, máxime cuando le fue puesto en conocimiento al demandante la posibilidad para dejar saldos de los aportes que mediante la acción de tutela solicitó su devolución, sin que dejará saldo alguno para poder continuar cotizando y más adelante acceder a una pensión de vejez, por lo que declaró probada la excepción de inexistencia del derecho pretendido.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1 De la parte Demandante

El apoderado de la parte demandante impugnó la anterior decisión indicando:

- Que el fallo de primera instancia desconoció la Ley 797 de 2003 que regula la materia, y todas aquellas normas constitucionales en cuanto tiene que ver con la protección de derechos humanos referentes al tema de la seguridad social y especialmente frente aquellos sujetos de especial protección como lo son las personas inválidas, y la jurisprudencia que se citó en este expediente.

- Que el a quo hizo una indebida apreciación del material probatorio al desconocer el perjuicio que se le causó al demandante, enfatizando en que este no había logrado probar la mala fe de la demandada.

- Argumentó que si a una persona en extrema necesidad le ofrecen dinero como lo hizo la demandada con el actor en el año 2011, su estado de necesidad le dice que lo reciba y deja constancia que en los folios 256 a 259 en donde obra el documento por el cual se le niega la pensión de invalidez y

se le dice que se le va a devolver el dinero, sin que se le indicara la cantidad a devolver.

- Cuestiona el llamamiento en garantía que ordenó el juez de instancia señalando que quien debió ser llamada fue BBVA SEGUROS y no MAPFRE.

- Indicó además, frente a los perjuicios, que éstos fueron causados por cuanto la misma secretaria general que coordinaba los asesores jurídicos de la antigua entidad AFP HORIZONTE como consta a folio 124 a 125 advertía a su presidente y a su vicepresidente que ellos tenían una obligación legal como lo señala el Decreto 720 de 1994 en su inciso 1° del artículo 10 en donde decía que no se podían causar perjuicios a los afiliados y que si estos se causaban por sus asesores la sociedad administradora respondía, considera que lo mínimo que tenían que decirle al actor era cuales eran los riesgos que él tenía si se pasaba para allí y no lo hicieron aprovechándose del desconocimiento del actor sobre el tema.

- Que en el año 2011 cuando le resuelven al actor la pensión de invalidez, no es que el fondo de pensiones a través de sus trabajadores pueda resolver como quiera o como le parezca, sino que debe hacerlo en estricto sentido de derecho, por lo que ahí en esa fecha el 4 de octubre de 2011 era donde Horizonte debía tomar los correctivos del caso y darle la orientación específica para que el señor JOSE GILBERTO accediera a su pensión.

- Que además de que se niega la protección de la Ley 797 de 2003 desconociendo que el actor es una persona invalida y que tiene un hijo discapacitado, también se desconoció el estado mental que presentaba el actor para el año 2011 cuando le fue negada su pensión, que el dictamen evidencia que el demandante para esa fecha padecía de una depresión reactiva que se calificó en el 10.02%, y resolvió devolverle el dinero en lugar de resolver el tema en derecho como debía.

4. ALEGATOS

De conformidad con lo establecido en el artículo 82 del C.P.L., se correrá traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión.

- **Demandante:**

El apoderado del demandante solicita se revoque el fallo de primera instancia por ser contrario a derecho y a la realidad fáctica del caso, pues estima que el actor es beneficiario del régimen de transición por haber prestado más de 23 años continuos de servicios a entidades públicas según bono pensional reportado y se desconoció el efecto de la Sentencia SU062 de 2010, no habiéndosele informado al afiliado este beneficio y la posibilidad de devolverse al régimen de prima media, lo que le impidió pensionarse por la Ley 33 de 1985. Que la actitud de la demandada causó graves perjuicios al afiliado y esta debe responder conforme al inciso 1° del artículo 10° del Decreto 720 de 1994. Que está demostrado que es padre de un hijo discapacitado y que también está estructurada su propia invalidez, pero por el servicio negligente de la demandada no ha accedido al adecuado reconocimiento de sus derechos pensionales.

- **Demandada:**

El apoderado de la AFP PORVENIR S.A. expresó compartir lo resuelto en primera instancia, indicando que el actor ya tiene resuelta su situación jurídica al haber operado a su favor la devolución de saldos con todos los bonos, aportes y rendimientos, así como un saldo adicional por pensión de invalidez temporalmente concedida por orden de tutela. Que el estado actual de la cuenta de ahorro individual es cero y esto impide financiar cualquier otra pretensión, no siendo dable además reconocer prestaciones ajenas al RAIS como el régimen de transición o pensiones especiales de invalidez.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

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

- ¿Si el traslado que realizó el señor JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es nulo o surtió pleno derecho?
- ¿Si el señor JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez con fundamento en la Ley 33 de 1985, o en forma subsidiaria a la pensión especial de vejez por hijo discapacitada de que trata la Ley 797 de 2003 o la pensión de invalidez por tener una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, el retroactivo pensional causado, y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?
- ¿Si el señor JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO tiene derecho al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales que considera se ocasionaron ante la omisión de la demandada de informarle las consecuencias que conllevaría el trasladarse del RPM al RAIS?

7. CONSIDERACIONES:

Sea lo primero indicar que si bien de conformidad con el principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.S.T y de la S.S. las decisiones que resuelven la apelación deben ser acorde con las materias que son el objeto del recurso, no puede desconocerse que cuando el *a quo* deja de reconocer beneficios mínimos e irrenunciables del trabajador pese a haber sido debatidos dentro del proceso y debidamente probados y el recurrente no repara en ello o no sustenta debidamente, el juez de segunda instancia adquiere competencia para revisar íntegramente la actuación y emitir un pronunciamiento respecto a éstos.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-070 de 2010, indicó: “*La facultad de reconocimiento de beneficios mínimos irrenunciables del*

trabajador no concedidos en primera instancia no puede ser una facultad exclusiva de la consulta”, por cuya virtud “el superior adquiere plena competencia para revisar íntegramente la actuación con el fin de reparar los posibles yerros en los que ha incurrido el a quo, y por lo tanto debe emitir un pronunciamiento como si fuese el juez de primera instancia”.

En consecuencia, teniendo en cuenta que en el presente caso a pesar de que el actor no presentó inconformidad con la decisión de primera instancia que negó el reconocimiento a la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, y la pensión de invalidez solicitada, por tratarse de derechos mínimos e irrenunciables, la Sala de Decisión Laboral procederá a analizar si el demandante tiene derecho o no al reconocimiento de la pensión de vejez de que trata la Ley 33 de 1985; o subsidiariamente la pensión de especial de vejez por hijo a cargo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, y finalmente la pensión de invalidez, por presentar una pérdida de capacidad laboral del 52.97%, y al reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 del Ley 100 de 1993, y las indemnizaciones por perjuicios morales y materiales solicitados en la demanda.

Antes de entrar a examinar si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de alguna de las prestaciones económicas antes mencionadas, debe advertirse que si bien el señor JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO en el hecho 2.2 de la demanda obrante a folios 327 a 347 manifestó que, al momento de realizar el traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., el fondo no le informó que se encontraba en el régimen de transición, y que al realizar dicho traslado podría perderlo.

En las pretensiones de la demanda se observa que el actor no solicitó la nulidad del traslado de régimen, por ende de conformidad con el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del C.P.C según el cual *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda(..)”* ésta Sala de decisión carece de competencia para estudiar si el traslado de régimen efectuado por el actor es nulo o tiene efecto legal alguno, por cuanto ello no fue requerido en la demanda, y en esa medida al no solicitar el actor la nulidad del traslado de régimen, la Sala no puede examinar tal situación, ni tampoco subrogarse facultades extra y ultra petita cuando éstas son propias de los jueces de única y primera instancia.

Inclusive nótese que como parte de la integración del litigio no se demandó ni se solicitó la integración al litigio de COLPENSIONES, lo que permite evidenciar que nunca se tuvo intención alguna de reclamar el retorno del demandante al régimen de prima media como se intenta hacer ver en el recurso de apelación.

Del texto de la demanda se desprende que lo realmente pretendido es que se imponga a PORVENIR S.A. los efectos de normativas y beneficios que son ajenos al régimen de ahorro individual con solidaridad que administra, alegando culpa por no informar oportunamente al afiliado de los efectos de su traslado. Petición que resulta improcedente, por cuanto cada régimen cuenta con su propia reglamentación y la Ley 100 de 1993 dispone las condiciones en que los afiliados a cada uno pueden acceder a las prestaciones de allí derivadas, siendo imposible reclamar que se apliquen indistintamente las prestaciones porque ello desconocería la naturaleza de

cada régimen y la intención del legislador, de consagrar su funcionamiento autónomo, independiente y separado.

Así entonces, procederá la Sala a estudiar si en el presente caso el señor JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO tiene derecho a que la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A., le reconozca y pague la pensión de vejez con fundamento en la Ley 33 de 1985 aplicable en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en forma subsidiaria a la pensión especial de vejez por hijo discapacitada de que trata la Ley 797 de 2003, o la pensión de invalidez por tener una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, así como también el retroactivo pensional causado, las mesadas pensionales adicionales y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Con el fin de resolver el problema jurídico puesto a consideración vemos que dentro del plenario, obran como pruebas las siguientes:

- Que el demandante JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO, nació el 11 de julio de 1954, según consta en la fotocopia de la cédula de ciudadanía y el registro civil de nacimiento que se encuentran a folios 212 a 213.
- Que el actor laboró para el Instituto Departamental de Salud del 23 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1976 (fol. 15).
- Del certificado de periodos de vinculación laboral para bonos pensionales obrante a folio 17, se desprende que el actor laboró del 1º de enero de 1977 al 31 de diciembre de 1987 para el Hospital San Juan de Dios, realizando los aportes en pensión a la Caja Nacional.
- Del certificado de periodos de vinculación laboral para bonos pensionales obrante a folio 22, se desprende que el actor laboró del 1º de enero de 1988 al 31 de diciembre de 1999 para la E.S.E Hospital Universitario Erasmo Meoz, realizando los aportes en pensión a la Caja Nacional.
- Que del 15 de enero de 1988, cuando el actor se encontraba laborando para el Hospital Erasmo Meoz realizó aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hasta el 6 de julio de 1995 y posteriormente del 11 de abril de 2000 al 12 de diciembre de 2000 (fol. 28 a 29).
- De acuerdo con el reporte de semanas cotizadas obrante a folio 30 del periodo que va del 15 de enero de 1988 al 30 de noviembre de 2000, el demandante cotizó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES un total de 380 semanas (fol. 30).
- Que el día 22 de marzo de 1995 el demandante suscribió formulario de vinculación al Fondo de Pensiones BBVA HORIZONTE PENSIONES y CESANTÍAS, surtiendo efecto su afiliación a partir del 1 de abril de 1995 (fol. 256 cuaderno principal y fol. 4 del cuaderno anexo).
- Que el joven JUAN DIEGO DONADO RIBON es hijo del actor y presenta trastorno específico del lenguaje comprensivo y expresivo (fol. 174).

- Que el señor JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO presenta una pérdida de capacidad laboral del 52,97% (fol. 208 a 211)
- Que el actor el 18 de abril de 2011 presentó solicitud de pensión por invalidez al fondo de pensiones y cesantías HORIZONTE hoy PORVENIR S.A adjuntando para ello la documentación requerida. (fol. 230 a 233).
- Que mediante comunicación de fecha 4 de octubre de 2011 dirigida al demandante, el fondo privado le da respuesta a su solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, informándole que teniendo en cuenta que mediante acta especial N° 9 del 30 de mayo de 2011 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez corrigió la fecha de estructuración emitida en el dictamen del 28 de febrero de 2011, siendo la correcta el 12 de enero de 2010, y que una vez verificado el cumplimiento de los requisitos para acceder a la misma se determinó que el actor no cumplió con el requisito de las 50 semanas de cotización en los tres últimos años anteriores a la fecha de estructuración, esto es, entre el 12 de enero de 2007 hasta el 12 de enero de 2010 (fol. 257, y 258)
- Así mismo, de la comunicación antes indicada se desprende que el demandante instauró acción de tutela en contra del BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, por lo que en cumplimiento al fallo de tutela de fecha 2 de junio de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, expidió la comunicación EPTR 11-2421 del 23 de junio de 2011 concediéndole de manera transitoria la pensión de invalidez al actor. (fol. 257 a 258, y fol. 152 del cuaderno anexo)
- Que mediante oficio radicado el 20 de enero de 2012, el señor JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO solicitó al fondo que procediera a liquidar, emitir, redimir y pagar el bono pensional. (fol. 66 cuaderno anexo).
- Que mediante comunicación dirigida al Juzgado Octavo Civil Municipal de Cúcuta, el representante legal del BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías le informó que mediante transferencia electrónica 15 de marzo de 2012, BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A realizó el pago a favor del actor por concepto de devolución de saldos por un valor de \$114.617.118. (fol. 83 a 108 cuaderno anexo)

De las pruebas antes señaladas se desprende que el señor JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO, laboró para entidades públicas del 23 de octubre de 1972 al 31 de diciembre de 1999, y el día 15 de enero de 1988, cuando el actor se encontraba laborando para el Hospital Erasmo Meoz realizó aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensión al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hasta el 6 de julio de 1995 cotizando un total de 380 semanas, y posteriormente el 1° de abril de 1995 se afilió al BBVA HORIZONTE PENSIONES y CESANTÍAS en donde solicitó reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue negada por no acreditar el requisito de las 50 semanas de cotización en los tres últimos años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez.

No obstante, en virtud de la orden de tutela proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, al actor le fue reconocida una pensión de

invalidez de manera provisional, advirtiéndolo que debía acudir a la justicia ordinaria dentro de los cuatro meses siguientes a partir del fallo de tutela, lo cual no ocurrió, pues el actor no acudió al juez laboral en el término indicado.

Finalmente, se evidenció que, ante la solicitud de devolución de saldos elevado por el actor, el fondo de pensiones al señor JOSÉ DONADO por dicho concepto la suma de \$114.617.118.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el actor solicita el reconocimiento de la pensión de vejez de que trata la Ley 33 de 1985 aplicable en virtud al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Sala procederá a examinar previamente si el demandante JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO, conservó los beneficios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debido a que se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Al respecto observamos que los incisos 4° y 5° de esa norma, señalan que el régimen de transición *“no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen”*, y que *“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”*; así mismo, éstos artículos fueron declarados condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002, en la cual se determinó que para aquellas personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuvieran 15 o más años de servicios o cotizaciones, no perderían el régimen de transición, si acreditaban los siguientes requisitos:

1. El traslado de los ahorros realizados en el Régimen de Ahorro Individual –RAI-, y
2. Que ese ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso de que hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media.

Así mismo, la Sentencia SU-062 de 2010, la Corte Constitucional precisó nuevamente que para la conservación del régimen de transición, se requiere que el afiliado a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviera más de 15 años de servicios y que trasladara todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual; sin que se exija a la rentabilidad de éstos, dado que esta exigencia consagrada en el Decreto 3800 de 2003, fue suspendida por el Consejo de Estado, por lo tanto, únicamente se deben demostrar éstos para continuar beneficiándose del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de las pruebas obrantes en el expediente se observa que:

- a. Con respecto al tiempo de servicio, vemos del reporte de semanas cotizadas obrante a folio 30 que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor desde el 15 de enero de 1988 hasta el 30 de noviembre de 2000 cotizó un total de 380,01 semanas, las cuales representan un total de 7 años y 2 meses.
- b. En lo que se refiere al traslado de todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES, se advierte que el actor permaneció en el Régimen

de Ahorro Individual con Solidaridad y no regresó al de prima media con prestación definida, y estando en el primero solicitó la devolución de saldos por un valor de \$114.617.118, de manera que el segundo presupuesto exigido por la norma no se cumplió al no regresar el actor al RPM y no efectuarse el traslado de todo el ahorro efectuado, pues conforme se indicó el demandante solicitó la devolución de éste.

Como se desprende de los hechos demostrados, el demandante no acreditó los requisitos para continuar beneficiándose del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debido a que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con 15 años de servicios, y permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en donde finalmente le hicieron la devolución de saldos por la suma de \$114.617.118.

En ese sentido, al no lograr mantener el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es posible analizar la solicitud de reconocimiento pensional con fundamento en la Ley 33 de 1980, ni tampoco la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, como quiera que dicha normatividad es aplicable únicamente al régimen de prima media con prestación definida.

Por ende, al encontrarse el actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, su solicitud de pensión de vejez se rige por las disposiciones consagradas en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, que refiere que: *“Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste <sic> hubiere lugar.”*

Conforme a lo anterior, y como quiera que en el presente caso el señor JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO, se encuentra en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en donde le fue devuelto su capital ahorrado correspondiéndole la suma de \$114.617.118, y en la actualidad conforme a lo manifestado por el fondo privado en la contestación de la demanda, la cuenta de ahorro del actor se encuentra en cero pesos, para la Sala resulta infructuoso entrar a realizar cálculo alguno al no contar el demandante con capital acumulado en su cuenta de ahorro individual.

Con respecto a la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez debe decirse que el artículo 69 de la Ley 100 de 1993, refiere que los requisitos para obtener la pensión de invalidez, el monto y el sistema de su calificación en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se regirá por las disposiciones contenidas en los artículos 38, 39, 40 y 41 de la Ley 100 de 1993.

Y en ese sentido, el artículo 39 de la norma ibídem refiere que: *“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. Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”*

Al respecto, vemos del dictamen 13253738 de fecha 28 de febrero de 2011, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que el actor presenta una pérdida de capacidad laboral del 52,97% de origen común indicando como fecha de estructuración el 12 de enero de 2001, (fol. 211), no obstante del acta especial No 01 del 28 de enero de 2011, obrante a folio 136 del cuaderno anexo, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez corrigió la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del actor determinando que la misma correspondía al 29 de noviembre de 2010, y en ese sentido, para poder acceder a la pensión de invalidez debía el actor acreditar que dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, esto es, del 29 de noviembre de 2007 al 29 de noviembre del 2010, había cotizado 50 semanas, las cuales del reporte de semanas cotizadas obrante a folio 30 del plenario se evidencia que durante dicho periodo el actor no realizó ninguna cotización, por ende al no cumplir con los requisitos exigidos por la norma, el señor JOSÉ GILBERTO DONADO GRIMALDO no tienen derecho a la pensión de invalidez de que trata el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, con respecto a la inconformidad presentada por el recurrente ante el no reconocimiento de los perjuicios causados por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A vemos que en atención a que la Sala carece de competencia para estudiar si el traslado de régimen efectuado por el actor es nulo o tiene efecto legal alguno, por cuanto ello no fue requerido en la demanda, no resulta procedente acceder al reconocimiento de los perjuicios pretendidos por la parte demandante.

En cuanto al cuestionamiento que hace el recurrente del llamamiento en garantía que ordenó el Juez de instancia señalando que quien debió ser llamada fue BBVA SEGUROS y no MAPFRE, encuentra la Sala que contra la decisión del 7 de julio de 2014 mediante la cual se aceptó la solicitud de llamamiento en garantía a la Aseguradora MAFRE COLOMBIA S.A, el apelante no presentó impugnación contra la misma, por lo que en esta instancia judicial resulta improcedente hacer reparo en cuanto al llamado en garantía cuando el actor a pesar de tener la oportunidad procesal de controvertir el mismo y no lo hizo.

Así las cosas, la Sala de Decisión Laboral confirmará la sentencia impugnada del 9 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, y en consecuencia al no ser resuelto favorablemente el recurso interpuesto por la parte actora contra la misma, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, y se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000 a favor de la parte demandada.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada de fecha 9 de marzo de 2015 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, y se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000 a favor de la parte demandada y a cargo de la demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

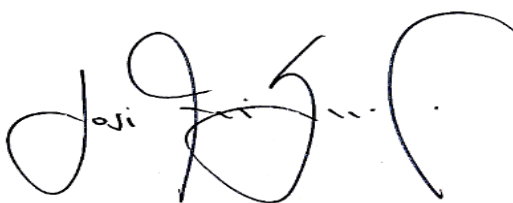


NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



ELVER NARANJO

Magistrado



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 036, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Primero Laboral Circuito de
Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-001-2016-
00379-00

Partida Tribunal: 18154

Demandante: LIDIA GARCÍA GUZMÁN

Demandada (o): GRACIELA TARAZONA
GONZALEZ

Tema: CULPA PATRONAL

Ref.: APELACIÓN DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por el apoderado judicial de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 23 de mayo de 2018, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2016-00379-00 y partida de este Tribunal Superior No. 18154 promovido por la señora LIDIA GARCÍA GUZMÁN contra la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S. y ECOPETROL, S.A.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante LIDIA GARCÍA GUZMAN interpuso demanda ordinaria laboral con el propósito de que se declare civilmente responsables a los demandados por los daños y perjuicios a ella causados dentro del accidente de trabajo acaecido el 02 de octubre de 2015 en el cual perdió la vida su hijo CARLOS ALBERTO CASTRO GARCÍA y, en consecuencia, se condene a la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ y ECOPETROL, S.A. a cancelar a su favor la suma de \$297.844.128 por concepto de lucro cesante pasado y

futuro, así como \$68.945.400 por perjuicios morales subjetivos, y la indexación de las sumas.

II. HECHOS

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

1. Que el 9 de julio de 2015, el señor CARLOS ABLERTO CASTRO GARCÍA (QEPD) suscribió contrato de trabajo con la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, con el fin de desempeñarse como AYUDANTE TÉCNICO en el municipio de Tibú, Norte de Santander, devengando como último salario, la suma de \$1.933.500 mensuales.
2. Que el 2 de octubre de 2015, mientras se encontraba laborando, el señor CARLOS ALBERTO CASTRO GARCÍA se desplazó al área del equipo de oxicorte para realizar el corte de una varilla de 1.30 mts de largo y 1 pulgada de espesor, y una vez inició la manipulación del equipo, se presentó una explosión, en la cual perdió la vida.
3. Que según la investigación realizada, dicha explosión se produjo por un atentado realizado con un arma potente de francotirador Tipo 7.62.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S., ésta dio formal contestación oponiéndose a la totalidad de pretensiones manifestando que la empresa cumplió con las prestaciones patronales, comunes y especiales, con la higiene y seguridad, con la afiliación a EPS y ARL, con adquirir póliza de seguro contra todo riesgo; que en este caso fue el trabajador quien violó lo pactado, al realizar una labor que no podía ejecutar, ya que sus tareas eran de ayudante técnico y no la de operador del equipo de oxicorte.

Como excepción de fondo propuso la de inexistencia de culpa en la demandada GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S.

La empresa ECOPETROL, S.A. fue excluida del proceso mediante decisión proferida el día 31 de marzo de 2017 (folio 209) confirmada por esta Sala el día 20 de septiembre de dicho año, al declararse probada la excepción previa de falta de reclamación administrativa.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 28 de mayo de 2018, resolvió declarar como probada la excepción de inexistencia de la

culpa de la demandada GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S., propuesta por la pasiva, y en consecuencia la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra por la señora LIDIA GARCÍA GUZMÁN.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que dado que la investigación acerca de la causa de la explosión determinó que la misma fue por un agente externo ajeno al ámbito del trabajo y del servicio prestado por los trabajadores, no cabe duda que en la ocurrencia del accidente de trabajo donde falleció el trabajador, no existió la culpa patronal alegada por la parte actora en su demanda, pues dentro del expediente se encuentra demostrado que el accidente se generó tras un atentado de fuerzas oscuras existentes en la zona donde se estaban realizando los trabajos, quienes hicieron explotar el cilindro de gas, al disparar, según se establece de la investigación, a través de un francotirador con un arma de alto alcance, que para el caso, según establecido y aclarado, fue un proyectil 7.62, tal y como se concluyó en el informe de dicho accidente, el cual fue calificado como de origen laboral por la ARL Liberty Seguros.

Que en el expediente quedó establecido que al momento del accidente, el trabajador fallecido se encontraba haciendo uso de un equipo de Oxicorte para cuyo manejo no estaba capacitado y para lo cual no había sido contratado, pues su labor era como ayudante técnico, tal y como se desprende de su contrato de trabajo referenciado a folios 2 a 4.

Expuso que tampoco estaba cumpliendo órdenes de su superior, sino que estaba haciéndole un favor a un tercero que no tenía nada que ver con la empresa para la cual trabajaba, haciendo uso de un equipo de propiedad de la empresa a la cual pertenecía, sin haber estado autorizado; que tampoco la persona quien había solicitado el servicio pertenecía a dicha empresa, por lo que absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

La parte demandante no se encontró de acuerdo con la absolución que hiciere el A quo a la pasiva, manifestando que se encuentra debidamente probado dentro del proceso la negligencia en que incurrió la empresa GRACIELA TARAZONA en la implementación, operación y desarrollo de su sistema de seguridad y salud en el trabajo, que terminó con la ocurrencia del accidente sufrido por el señor Carlos Castro el día 2 de octubre de 2015; que según como se dijo en la parte motiva de la sentencia, todos los hallazgos hechos por el equipo investigador de este accidente, evidencian que la seguridad industrial en cuanto a peligros y riesgos propios de la actividad es ineficiente

al no prever factores externos que podían desencadenar un suceso como el acaecido.

Que tal y como la manifestó el despacho, el informe del accidente de trabajo señala como falta de control en estos riesgos, que el área no fue entregada a través de un acta, sino verbalmente, y no contaba con barreras de aislamiento, muros, mayas etc. que previnieran un hecho como el acaecido; que no existía a través de actas que el proyecto se hubiera dado a conocer a la entidad competente y tampoco se dieron a conocer las normas que el Ministerio de Defensa tiene para el manejo de personal en área de conflicto.

Precisó que no se tuvo en cuenta las causas básicas e inmediatas de este suceso, las cuales señalan la identificación inadecuada de peligros externos por efecto de un área crítica por inestabilidad social, por cuanto no se tuvo en su matriz de riesgo la evaluación para la exposición a estos hechos, actos y consecuencias que se encuentran debidamente probados dentro del proceso y que no se tuvieron en cuenta al momento de dictar la sentencia.

Que en el informe presentado a la ARL se evidenció la negligencia y la responsabilidad en que incurrió la demandada, tales como el ajuste inadecuado del equipo de oxígeno, operar sin autorización, omitir los procedimientos, la falta de supervisión o supervisión insuficiente del equipo por parte del operador, que no se contaba con experiencia en la tarea del señor trabajador que sufrió el accidente y que no contaba con las condiciones mínimas de seguridad y de supervisión al momento del hecho que genera este trámite procesal.

Que en los alegatos de conclusión la demandada deja en evidencia la falta de capacitación, control y supervisión que habría evitado que el señor Carlos Castro manipulara el equipo; que si bien es cierto no le había sido asignado, debió tener una supervisión según los programas del sistema de seguridad y salud en el trabajo, ni tampoco se contó con protocolos, o programas, planes de acción o mejora por parte de la demandada.

Indicó que el a quo omitió la reiterada línea laboral de la Corte Suprema en sentencias 161002 de 2014, 7216 de 2014, 5463 de 2015, 7056 de 2016, en las que señalan que no puede trasladarse al trabajador la obligación del empleador encaminada a procurar medidas y elementos adecuados de protección contra accidentes, en forma que garantice razonablemente su seguridad.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

- 1. PARTE DEMANDANTE.** Alegó la parte que la sentencia de primera instancia incurre en errores de derecho que llevan a una sentencia contraria a la norma y la jurisprudencia que ocupa para la época de los hechos; dado que el ad quo afirma que no puede endilgarse responsabilidad al empleador por hechos de un tercero y más aún cuando el trabajador no estaba desempeñando en las actividades para las que fue contratado.

Que adentrándonos en el caso que nos ocupa, observamos que el demandado incumplió sus deberes de protección y cuidado, aunado al hecho que no previó lo PREVISIBLE y omitió sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo, dado que no contaba con programas de protección ni mucho menos capacitaciones a favor del señor García, hechos que se encuentran totalmente probados en el expediente y que la demandada no logró desvirtuar.

Así mismo, se encuentra en el plenario la prueba del informe final de investigación de accidente de trabajo y el informe de la ARL LIBERTY SEGUROS, en donde se evidencia que los hechos ocurren como consecuencia de la pobre ejecución del programa de seguridad y salud en el trabajo y la TOTAL Y ABSOLUTA FALTA DE SUPERVISION hacia el señor Castro al momento de manipular el equipo que explota causándole la muerte.

Que por ende, no le asistía razón en lo absoluto al juez de primera instancia dado que dio por probado sin estarlo, que la demandada cumplió con sus obligaciones de cuidado; y que el hecho obedeció a grupos al margen de la ley; situación que pudo ser precavida inicialmente y teniendo en cuenta que el lugar de trabajo se encuentra en una ZONA DE ALTO RIESGO; hecho notorio que no tuvo en cuenta este para formar garitas o barras de protección que impidieran o mitigaran el riesgo de estos actos delictivos, tal como se observa en el informe que reposa en el plenario y que denotan la responsabilidad de la demandada en el accidente de trabajo ocurrido.

Precisó que es pobre es estudio del material probatorio que hace el juez de instancia dado que no observa con detenimiento ni menciona en su sentencia, cuáles son las VERDADERAS CAUSAS (básicas e inmediatas) que produjeron el accidente del señor Castro y que deben ser indemnizadas a la luz del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

2. PARTE DEMANDADA. En sus alegatos de conclusión, la pasiva realizó un recuento de los hechos ocurridos el día del accidente sufrido por el señor CASTRO GARCÍA, concluyendo que la muerte de este fue el resultado de la manipulación indebida del equipo de oxicorte, pues como se estableció, sus conocimientos tan solo le permitían desempeñarse como ayudante técnico y no como operador.

Indicó además que el trabajador carecía de autorización para manipular dicho equipo y menos para prestar con este, servicios a personas ajenas.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y las argumentaciones manifestadas por la parte demandante en su recurso de apelación, **los problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala se reducen a determinar, en primer lugar, si se configuró la culpa patronal en el accidente padecido por el trabajador CARLOS ALBERTO CASTRO GARCÍA (qepd) y, en consecuencia, es procedente la condena por indemnización plena de perjuicios a favor de la demandante.

Sea lo primero aclarar que no existe discusión respecto a la existencia de un contrato de trabajo entre el señor CARLOS ALBERTO CASTRO GARCÍA (qepd) en calidad de trabajador y la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ S.A.S., en calidad de empleadora, a partir del día 9 de julio de 2015, el cual culminó el 2 de octubre de 2015 por fallecimiento del trabajador, conforme al registro de defunción aportado a folio 52, siendo también un hecho probado el parentesco del causante con la señora LIDIA GARCÍA GUZMAN.

El artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que «Cuando exista culpa suficiente 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».

Al respecto la HCSJ en su sentencia SL2206-2019 indicó lo siguiente:

Recuerda esta Sala, que para el reconocimiento y pago de la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de la ocurrencia del riesgo, accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe encontrarse la culpa suficientemente comprobada del empleador, responsabilidad de naturaleza eminentemente subjetiva, que lleva a que se establezca en estos casos no solo el daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, sino que se demuestre también el incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, que le exige tomar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y *especiales del trabajo*, tendientes a evitar que el trabajador, como se dijo, sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos laborales.

Cuando el empleador incumple culposamente dichos deberes derivados del contrato de trabajo, se presenta la responsabilidad de indemnizar al trabajador que sufre el infortunio laboral o la enfermedad profesional, o a sus beneficiarios, respecto de los daños que le fueran ocasionados con ese proceder, que comprende toda clase de perjuicios, ya sean materiales o morales. En otras palabras, la abstención en el cumplimiento de la diligencia y cuidados debidos en las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige la citada normativa legal.

De conformidad con lo anterior, para que sea procedente reconocer la indemnización plena de perjuicios, la parte demandante tiene que acreditar los siguientes presupuestos:

1. El accidente de trabajo o la enfermedad profesional;
2. La culpa del patrono; y
3. Los perjuicios y su tasación.

Seguidamente, entra esta Sala a precisar si dentro del presente proceso se encuentran demostrados los anteriores elementos.

De las pruebas obrantes al expediente, se tiene por demostrado que el accidente sufrido por el señor CARLOS ALBERTO CASTRO GARCIA el 2 de octubre de 2015 fue de origen laboral como quiera así lo determinó la ARL Liberty, en el documento No DOC539671-83234 aportado a folio 57, situación además que no es objeto de discusión por parte de la demandada conforme se desprende de la contestación a la demanda.

En cuanto al segundo elemento, que lo es la culpa del patrono, en este caso la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S., debe decirse que esta responsabilidad laboral comprende los siguientes elementos: Un hecho imputable, un daño, la culpa del empleador y un nexo o relación de

causalidad entre estos; configurados estos se determina la responsabilidad del empleador por los daños producidos.

Analizando entonces la normativa aplicable, encontramos que los numerales 1 y 2 del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo, establecen que los empleadores deben «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).

Ahora bien, con respecto **a la prueba de la culpa patronal**, la HCSJ en sentencias tales como la SL 12707 de 2017 y SL5154 de 2020, ha indicado que, por regla general, esta debe ser atendida por el trabajador demandante o sus beneficiarios, quienes deben probar los supuestos de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pudiendo este desligarse de la responsabilidad que se le endilga, demostrando el cuidado y diligencia en la realización del trabajo; y por excepción, cuando se le achaca a éste último una conducta omisiva en las obligaciones de protección, en virtud del artículo 167 del CGP, **se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole a la pasiva demostrar que en efecto actuó con la precaución exigida en las actividades realizadas.**

En ejercicio de estas reglas jurisprudenciales y de las disposiciones normativas anteriormente referenciadas, sobre este tema se encuentran en el expediente las siguientes pruebas relacionadas directamente con el accidente:

- Contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito entre CARLOS ALBERTO CASTRO GARCIA como trabajador y GRACIELA TARAZONA GONZALEZ como empleador, para desempeñar el cargo de Ayudante Técnico a partir del 9 de julio de 2015 al 9 de agosto de 2015, cuyo objeto era: “a) poner al servicios del empleador toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva en el desempeño de funciones propias del oficio mencionado y en las

labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le impartan el empleador o sus representantes y, b) A no prestar directa o indirectamente servicios laborales a otros empleadores, ni a trabajar por cuenta propia del mismo oficio, durante la vigencia de este contrato (...)” (folios 2 a 6).

- Informe final evento con fatalidad, realizado por GRACIELA TARAZONA GONZALEZ S.A.S. para *esclarecer las causas raíces que provocaron el accidente, las que lo ocasionaron y el análisis de las hipótesis iniciales*. (folios 10 a 51), documento que no fue tachado de falso ni desconocido por la pasiva.
- Documento No. DOC539671-83234 de fecha 10 de noviembre de 2015, en el que la ARL Liberty califica el evento como de origen laboral. (fol. 57)
- Formato de Investigación de Accidentes Mortales y Severos realizado por la ARL Liberty Seguros. (fol. 59 a 65)

Conforme este material probatorio, se puede concluir que el señor CARLOS ALBERTO CASTRO GARCIA (q.e.p.d), fue contratado para desempeñar funciones como Ayudante Técnico en Tibú N. de S., y según informe del siniestro realizado por la ARL obrante a folio 60 del plenario, los hechos ocurrieron así: “ el día 2 de octubre de 2015, el equipo de trabajadores de la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, inició labores a las 7 de la mañana en la antigua refinería, área de prefabricados con la tarea específica de revisar trabajos realizados de prefabricado y diseño de una nuevas piezas, siendo las 11:45 el personal operativo de la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, se desplaza a tomar su almuerzo, siendo las 12:45 o 1 de la tarde retoman labores en el área, siendo las 2:25 de la tarde llega el señor EDINSON JAVIER RAMIREZ trabajador al servicio de la empresa San Sebastián, ingresa al área de prefabricados sin que se evidencie ingreso de visitante, solicitando que le cortaran una varilla metálica con la pulidora del área de prefabricados (aproximadamente 1,30 metros de largo y de 1 pulgada de espesor) el señor RAMIREZ le dice al trabajador ADRIAN QUINTERO BAUTISTA, que le corte la varilla pero le manifiesta que no le hacía el favor de cortarle esa varilla con pulidora, en ese momento el trabajador CARLOS ALBERTO CASTRO GARCIA se ofrece y le dice que se la corta con el equipo de oxicorte para que sea más rápido, se desplazan los dos al área donde está el equipo de Oxicorte (oxígeno industrial, y gas licuado del petróleo propano (C3h8) - Butano), según versión de testigos manifiestan que el señor CASTRO empezó a manipular el equipo, cuando momentos más tarde sintieron una detonación audible en gran parte del perímetro del área, (...) el señor CASTRO también fallece con la explosión pero parte de su cuerpo fue encontrado a 26 metros aproximadamente donde estaba ubicado operando el equipo de oxicorte”.

Seguidamente, en el inciso quinto del informe, la ARL señaló como causas inmediatas, condiciones y actos subestándar que causaron el accidente, las siguientes: “CONDICIONES: ajuste inadecuado en el equipo de Oxicorte en sus accesorios para manipulación segura. ACTOS SUBESTANDAR:

OPERAR SIN AUTORIZACION – OMOTIR NORMAS Y/O PROCEDIMEINTOS: el trabajador CASTRO decide por su propia voluntad hacer el favor de cortar la varilla al señor JAVIER RAMIREZ (trabajador de la empresa San Sebastián). El trabajador CASTRO no solicita el permiso de trabajo para realizar la actividad subestándar de corte de varilla (omisión de permisos y procedimientos para la realización de la actividad de Oxicorte). FACTORES PERSONALES: falta de experiencia en la tarea – falta de habilidad – exceso grado de confianza, el cargo del trabajador era ayudante técnico, por lo cual no tenía asignada la operación del equipo. FACTORES DEL TRABAJO: supervisión insuficiente del equipo de oxicorte, por parte del operador del equipo”.

De igual forma, en el informe investigativo realizado por la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S. obrante los folios 10 a 51 se concluyó: “se descarta que por sobrecalentamiento los cilindros hayan tenido una falla estructural debido a presión excesiva causada por rayos solares. No se evidencia fallas en el diseño, construcción y mantenimiento del cilindro según la normatividad NTC522-1 se cumple a cabalidad. Se descarta retroceso de llama por lo encontrado e inspeccionado en las evidencias descritas anteriormente como pruebas a los manorreductores que el funcionamiento es adecuado según se evidencia en el estudio de laboratorio realizado, en la inspección interna que se realiza a los trazos de manguera encontrado no se evidencia malformaciones por llama o temperatura en su cuerpo lo cual nos indica que no se presentó una concentración calórica ni llama abierta en las mangueras, los atrapa llamas en su estudio de laboratorio se encuentran en buen funcionamiento y estado. Podemos concluir con toda certeza que el accidente se produjo por un atentado realizado con un arma potente de francotirador Tipo 7.62. Las huellas encontradas en el cilindro de gas, de acuerdo a la metrología concuerdan con una ojiva de una bala 7.62 de uso militar. De acuerdo con los expertos en balística, un evento que escala con tanta energía solo puede ser iniciado por una fuente de alto poder energético, como es un proyectil de esas características”.

Así mismo, a folio 36 del documento investigativo, se indica lo siguiente:

- **“Falta de control**

Se analiza: Planificación organización, dirección y control. En la industria petrolera y básicamente en Ecopetrol se trabaja en el sistema de identificación de peligros y sus riesgos, basados en la siguiente definición e identificación.

PELIGRO: el potencial de causar daño, incluyendo enfermedades y lesiones, daños a la propiedad, productos o el ambiente, pérdidas de producción o incremento de reclamaciones.

Peligros identificados: hidrocarburos; objetos elevados; sustancias tóxicas; energía eléctrica; equipos para trabajos en alturas; equipo peligroso; temperaturas extremas; radiación.

En la inducción dada por Ecopetrol en ningún momento se indicó como peligro los elementos usados tanto por las autoridades como por las bandas criminales Tales como: armas de fuego, explosivos etc.

La seguridad industrial en cuanto a peligros y riesgos propios de la actividad es excelente y se evidencia su aplicación. El problema se presenta cuando el peligro viene de un medio externo que prácticamente se encuentra fuera de control del ámbito ingenieril.

No existen programas y normas adecuadas para minimizar el efecto de estos peligros sobre el personal técnico que desarrollan los contratistas, nuestra afirmación la basamos en los siguientes hallazgos:

- El área no fue entregada oficialmente a través de un acta. Se entregó verbalmente y esta no contaba con barreras de aislamiento: muros, mallas, puertas, garitas etc.
- No existen evidencias a través de actas que el proyecto se haya dado a conocer a las autoridades competentes.
- No se dieron a conocer las normas que tiene el Ministerio de Defensa para el manejo del personal civil en áreas de conflicto.
- El personal de Ecopetrol en la presentación inicial del accidente y cuando se le dio a conocer que la posible causa podría ser un atentado por parte de un francotirador de las bandas criminales, ellos argumentaron que este fenómeno no se presentaba en la región y menos contra personal civil. Nuestra investigación halló lo contrario, para lo cual adjuntamos archivos digitales en donde se manifiesta por parte de las autoridades que este es un problema crónico En la región. Enseguida relacionamos un resumen:
- Capturan a explosivista y francotirador del EPL en el Catatumbo-febrero 18 de 2015.
- Capturan en el Catatumbo a un reconocido francotirador del ELN-octubre de 2015-
- Atribuyen al ELN asesinato de contratistas de Ecopetrol en el Catatumbo. El ejército dice que esa guerrilla disparó desde una casa, causando la muerte de los dos contratistas-septiembre de 2014.
- Asesinan un soldado en el Catatumbo por acción de un francotirador de las FARC. Septiembre de 2013.
- Francotirador asesina a un policía en zona rural de Tibú. Noviembre de 2014.
- Hostigan dos helicópteros civiles en Tibú, Norte de Santander-RCN-julio de 2015.

- **Causas Básicas.**

Identificación inadecuada de peligros externos por efecto de ser un área crítica por inestabilidad social. Por lo tanto no se tuvo en cuenta en la matriz de riesgos la evaluación para la exposición a estos.

- **Causas Inmediatas.**

Condiciones inseguras de trabajo. No había presencia de barreras para el control de peligros externos: aislamientos de zonas de trabajo; desconocimiento de normas y políticas para el manejo de estos riesgos En zona de conflicto. Esto facilitó la acción Criminal de un francotirador.

- **Accidente.**

Explosión de un cilindro de gas propano (GLP), perteneciente a un equipo de Oxicorte, por acción de un proyectil tipo militar (7.6 dos), el cual produce un fenómeno llamado BLEVE. Esta detonación inicial hace que se presente una reacción en cadena al involucrar el cilindro de oxígeno del equipo de Oxicorte el cual explota (también por BLEVE). Al unirse los dos gases se produce una combustión que genera una bola de fuego. La explosión irradia proyectiles metálicos en todas las direcciones.

- **Antecedentes.**

El área de Tibú y sectores cercanos se presenta un conflicto social grande y existen antecedentes de eventos similares: francotiradores contra población civil y militar.

En el mes de agosto cerca al área de trabajo se presentaron cruces de disparos de la fuerza pública con desconocidos el cual fue informado de forma inmediata por el Director de obra a Ecopetrol.

Se lee en los artículos periodísticos que en junio de 2015 se captura francotirador alias “Rikarena” en el municipio de Tibú, Norte de Santander presunto responsable de dos policías”.

De acuerdo a este informe de investigación del suceso realizado por la misma empresa empleadora, es dable afirmar que el accidente de trabajo ocurrido el día 2 de octubre de 2015, no se dio como consecuencia de una falla estructural en el cilindro de gas por presión excesiva causada por rayos solares, o fallas en el diseño, construcción y mantenimiento del cilindro, pues así lo indicó el informe final de la empresa especialista en ingeniería, en el cual se logró determinar que se observó a cabalidad con la normatividad NTC5221-1, que establece los requisitos de diseño y fabricación que deben cumplir y los ensayos a los cuales se deben someter los cilindros de acero con costura, destinados al almacenamiento, transporte y distribución de propano, butano o sus mezclas en cualquier “propo”.

A lo anterior se suma que tampoco fue probado dentro del proceso, por la parte demandada, que las causas del accidente se encontraran relacionadas, como lo manifestó en su contestación, “a la culpa única del trabajador CARLOS ABLERTO CASTRO GARCÍA, pues su cargo era el de ayudante técnico por lo que no tenía asignada la operación del equipo de oxicorte e igualmente no estaba capacitado para el ajuste adecuado en el equipo en sus accesorios para manipulación segura, al igual que operó sin autorización no obstante conocer sus tareas”; y si bien en dicho memorial indicó que la Fiscalía Primera Seccional de Tibú adelantaba investigación para esclarecer lo corrido, no fue aportado material probatorio que permita establecer lo transcrito, como la raíz del incidente.

Por el contrario, los hallazgos que arrojó la inspección visual del cilindro, permiten concluir que fue impactado por un proyectil de arma de fuego (proyectil 7.62 según metrología), pues en lo que era la parte superior del cilindro (tapa abombada) se halló un orificio (ver gráfica folio 51), indicándose al respecto en el informe que “Se evidencia que el orificio irregular fue hecho por un impacto de un proyectil que sale de dentro del cilindro, ya que la disposición de los bordes filosos así lo muestra. Al inspeccionar detalladamente los bordes se pudo ver que existe una rasgadura hacia afuera (metal doblado en la gráfica), y en este se encuentra tallado la silueta de un proyectil que coincide con las medidas de un 7.62 de uso militar” (folio 26).

Así entonces, de las pruebas analizadas anteriormente, para la Sala es claro que la afectación de la vida del señor CARLOS ALBERTO CASTRO causada por el accidente de trabajo que tuvo el 2 de octubre de 2015, no se dio como consecuencia de la negligencia de su empleador en los deberes de velar por la correcta adecuación y mantenimiento de la estructura que sufrió la explosión fatal; sin embargo, es menester analizar la posibilidad de que existencia de culpa patronal en la ocurrencia del accidente al haber sido desencadenado por el impacto por proyectil de arma de fuego.

Al respecto, se tiene que la HCSJ en su sentencia SL16367 de 2014 (citada más recientemente en aquella con Radicación n° 65859 de 2019), en la cual analiza la culpa de un empleador en las secuelas ocurridas en la salud de su trabajador al haber sido objeto de dos secuestros por parte de grupos armados al margen de la ley, se manifestó de la siguiente manera respecto de los eventos que atentan contra el orden público de la Nación:

No empecé, el no haberse pronunciado el Tribunal sobre ese particular aspecto no impide a la Corte precisar que aun cuando es cierto que no es responsabilidad de los empleadores particulares el orden público de la Nación, por ser éste de cargo de las autoridades competentes del Estado; como también, **que las alteraciones de dicho orden público propiciadas por grupos armados al margen de la ley poniendo en riesgo la vida, honra y bienes de las personas** no se caracterizan por ser públicas,

programadas, ordenadas y sometidas a un mínimo de guarda y respeto por los derechos humanos de quienes ante su fuerza se pueden ver afectados por razón de su naturaleza sorpresiva, clandestina y violenta, lo cual conlleva para los particulares una obvia y absoluta impotencia para evitarlas, resistirlas o rechazarlas, **todo lo cual, en principio, daría lugar a considerar que los empleadores ninguna responsabilidad deben asumir frente a las contingencias que afectan la vida o integridad personal de sus servidores cuando se ven expuestos a tales eventualidades, también lo es que tal clase de riesgos**, que no resulta jurídicamente posible tenerlos como parte de los riesgos genéricos del trabajo, así éstos se produzcan por el mero hecho de la prestación personal de servicios; como tampoco de los denominados por la jurisprudencia de la Sala como riesgos específicos, referidos ellos como propios a la actividad particular y concreta de cada trabajador, **sí constituyen riesgos excepcionales que, por regla general, escapan del ámbito de responsabilidad a que se refiere el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo**, por versar éste precepto sobre los riesgos genéricos y específicos del trabajo que dan lugar a accidentes de trabajo o enfermedades profesionales por razón de la llamada culpa leve del empleador, esto es, la que se opone al cuidado mediano u ordinario que debe emplearse en la administración de los propios negocios, como el exigido de un buen padre de familia (artículo 63 del Código Civil), **pero que, por excepción, y bajo ciertas circunstancias, como cuando a pesar del conocimiento cierto y previo del empleador sobre su peligro y magnitud se le expone a ellos deliberadamente al trabajador, deben considerarse como generadores de la misma responsabilidad patronal**, caso para el cual el grado de culpa exigida sobre los hechos o sucesos que afecten la vida o integridad del trabajador requieren acreditarse desde el concepto **de culpa grave**, esto es, desde la llamada ‘culpa lata’ por el citado artículo 63 del Código Civil colombiano, por traducir un actuar con negligencia grave, como cuando no se manejan los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios, es decir, cuando se actúa de **manera equiparable a la del dolo civil.**

Tal proceder del empleador, que se puede acreditar por todos los medios de prueba permitidos en la ley, **dan lugar, en criterio de la Corte, a que éste también responda por la indemnización plena de perjuicios de que trata el citado artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo**, dado que, en las mencionadas circunstancias el accidente de trabajo o la enfermedad profesional derivada del sometimiento a dicho riesgo **se habría producido con concurrencia de su culpa, por desatención a los deberes genéricos de protección y seguridad (artículo 56 Código Sustantivo del Trabajo), dado un comportamiento patronal imprudente y temerario.**

De este extracto jurisprudencial se tiene en forma clara una conclusión, que atañe a que, por regla general, las contingencias que afectan la vida o integridad personal de los trabajadores cuando se ven expuestos a las alteraciones del orden

público nacional propiciadas por grupos armados al margen de la ley, no son considerados riesgos genéricos ni específicos, **sino riesgos excepcionales**, por lo que en principio escaparían la esfera de la responsabilidad patronal; sin embargo, por excepción y bajo ciertas circunstancias, es posible atender esta clase de eventos como generadores de dicha responsabilidad, debiéndose en estos casos, estudiarse la conducta del empleador desde la óptica de la **culpa grave o lata**, en los términos del artículo 63 del CC.

En tal virtud, y al encontrarnos entonces frente a un hecho atribuido por el informe final realizado por la misma empresa demandada, a un “*atentado realizado con un arma potente de francotirador Tipo 7.62*” (folio 40) y que según el mismo “*el área de Tibú y sectores cercanos representa un conflicto social grande y existen antecedentes de eventos similares: uso de francotiradores contra población civil y militar*”, es posible afirmar que nos encontramos frente a un **riesgo de carácter excepcional**, debiéndose entonces determinar si a la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ S.A.S., se le puede enrostrar el haber actuado con culpa grave.

Tal como se dijo en precedencia, en el ya mencionado **informe final de evento con fatalidad**, a folio 38 se logró establecer que existían “Condiciones inseguras de trabajo. No había presencia de barreras para el control de peligros externos: aislamientos de zonas de trabajo; desconocimiento de normas y políticas para el manejo de estos riesgos En zona de conflicto. Esto facilitó la acción Criminal de un francotirador”, habiéndose detallado las falencias encontradas en términos de seguridad frente a los peligros de orden público que aquejaban la zona.

Frente a estas afirmaciones, se tiene que la empresa demandada no desplegó actividad probatoria alguna con miras a demostrar que realizó acciones tendientes a evitar atentados contra la vida y seguridad de sus trabajadores, empleando al menos, lo equivalente a **aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios**, sin aportar material probatorio que permitiera controvertir lo afirmado en el informe final, tales como cerramientos del lugar donde se ubican los materiales o equipos vulnerables y peligrosos, cubrimiento u ocultamiento de los mismos con el fin de disminuir su visibilidad, entre otras medidas que al menos demostraran que se aplicó, por lo menos, un cuidado minúsculo.

Y es que, según lo informado como resultado de la investigación, es de conocimiento público la difícil situación de orden público que se presentaba en la zona de Tibú, Norte de Santander, donde se ubica la empresa demandada, poniéndose de presente distintos hechos violentos similares allí ocurridos durante la misma época, entre 2013 y 2015, perpetuados por grupos armados al margen de la Ley (folios 37 y 39), los cuales tienen una presencia permanente en la zona.

Ahora bien, frente al hecho alegado por la demandada respecto de que el causante se encontraba operando un equipo (oxicorte) para cuya manipulación no tenía autorización y por tanto se encontraba realizando una labor ajena a las encomendadas en su contrato de trabajo, esta Sala considera que es irrelevante, en tanto el evento causante del accidente ocurrido el 02 de octubre de 2015 no fue desencadenado por esa conducta “abusiva” del trabajador de manipular sin autorización el oxicorte realizándole un favor a una persona ajena de la empresa, sino que fue, como se determinó con anterioridad, el impacto de proyectil, en lo cual la acción que estaba realizando el señor Carlos Alberto Castro Guzmán no tuvo injerencia alguna; incluso, bien podría el causante haber estado simplemente descansando de sus labores en el lugar del hecho traumático o ejerciendo las actividades para las cuales fue contratado como ayudante técnico y las consecuencias fatales podrían haber sido las mismas, no siendo de recibo esta postura defensiva.

Además de esto, con respecto al actuar descuidado o imprudente de un trabajador como eximente de responsabilidad patronal en la ocurrencia de un accidente laboral, la HCSJ en su sentencia SL9355 de 2017, indicó lo siguiente:

Todo ello pone en evidencia 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 tal como lo ha dicho esta Sala de la Corte Suprema de Justicia en múltiples oportunidades, entre otras, en la sentencia CSJ SL5463-2015, en la que adocrinó que 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 tal motivo, no puede desestimarse o minimizarse la omisión de la demandada en el suministro del medio de seguridad pertinente y esencial (línea de vida), así como tampoco la negligencia que se concretó en la falta de acciones de supervisión, control y exigencia ante un posible proceder imprudente del trabajador, todo lo cual pone de manifiesto la falta de cuidado del empleador, que es la que censura el artículo 216 Código Sustantivo de Trabajo.

(...)

En consecuencia, se equivocó el Tribunal al eximir de responsabilidad a la empleadora bajo la tesis de la imprudencia de su trabajador en el desarrollo de la actividad laboral en la que perdió la vida, en cuanto ignoró las múltiples normativas nacionales e internacionales que imponen al empleador

obligaciones insoslayables, para prevenir los riesgos en la ejecución del trabajo en las alturas y tejados.

Así entonces, mal podría la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S. escudarse, para eximirse de su responsabilidad patronal, en el hecho que el trabajador se encontraba realizando actividades ajenas a las que fue contratado y además, para favorecer a un tercero, intentando ignorar las falencias graves en las que incurrió en la protección y seguridad que debió haber brindado a su empleado para la ejecución de su trabajo, a través de las medidas anteriormente analizadas.

Estima entonces esta Sala, que la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S., por su proceder culposo es responsable del fallecimiento del trabajador CARLOS ALBERTO CASTRO GUZMÁN, por lo que se REVOCARÁ la decisión del A quo, que consideró que no estaba demostrada la culpa de la empresa, cuando las pruebas obrantes en el plenario dan cuenta clara y precisa de su existencia; por lo tanto, se analizará si es procedente el pago de los perjuicios solicitados por su señora madre, LIDIA GARCÍA GUZMÁN como consecuencia de esta responsabilidad, en la forma prescrita por el artículo 216 del código del trabajo.

PERJUICIOS

Respecto a ello, digamos entonces en primer lugar, que el daño o perjuicio ocasionado a terceros por la muerte accidental de una persona ha sido definido como el menoscabo o detrimento que, como consecuencia de un evento o acontecimiento determinado, sufren aquellos en los bienes o intereses que hagan parte de la órbita de su actuar lícito, y que estén vinculados con su patrimonio, su personalidad o su esfera espiritual o afectiva; en este entendido, “están legitimados para demandar el resarcimiento correspondiente quienes, por tener una relación jurídica con la víctima, sufran una lesión en el derecho que nació de ese vínculo” (sentencia SL3693-2019).

En segundo lugar, que el **daño material lo comprende el daño emergente y el lucro cesante**, entendiéndose el primero como el perjuicio o la pérdida de elementos patrimoniales, los desembolsos que se hallan ocasionado o los que en el futuro se ocasionen en razón al daño; al igual que las deudas o pasivos ocasionados por el hecho dañoso, generados a la víctima o a quien esté legitimado para reclamarla; en tanto el segundo son todas aquellas ganancias ciertas que se dejan de percibir en el presente o en el futuro por culpa de dicho daño.

Con respecto al lucro cesante, la HCSJ en su sentencia SL3693 de 2019, indicó que, si bien su procedencia no está sujeta a la demostración por parte de la demandante, de una total dependencia económica con el trabajador

fallecido, sí se requiere al menos una mínima acreditación de la relación económica, *así sea parcial, de aquel con este*, pronunciándose en el siguiente sentido:

En efecto, sobre la dependencia económica respecto del causante, total o parcial, de quien reclama una indemnización plena de perjuicios en el marco de una culpa comprobada del empleador en un accidente de trabajo, la Corte ha tenido la oportunidad de señalar que su existencia, efectivamente, es un requisito de procedencia para alcanzar la indemnización que corresponde al perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, y la carga de la prueba está en cabeza de quien pretende el resarcimiento del perjuicio.

Así lo dejó claro la Sala en las providencias CSJ SL 887-2013, CSJ SL, 30 octubre 2012, radicación 39631, CSJ SL, 6 marzo 2012, radicación 31948; y CSJ SL, 15 octubre 2008, radicación 29970; la primera de las cuales, trayendo a colación la última, precisó,

[...] que en materia de daños o perjuicios materiales ocasionados a terceros por la muerte accidental de una persona, están legitimados para demandar el resarcimiento correspondiente, quienes por tener una relación jurídica con la víctima, sufren una lesión en el derecho que nació de ese vínculo, lo cual quiere decir que para reclamar en dicho caso la respectiva indemnización se requiere probar la lesión del derecho surgido de la relación de interés con la víctima, vale decir, es menester demostrar la dependencia efectiva de su subsistencia, total o parcial, con respecto del causante, excepto que se trate de obligaciones que emanan de la propia ley, como por ejemplo las alimentarias de los padres para con sus hijos menores, caso en el cual no se requiere de prueba.

También se indicó en la memorada providencia que el resarcimiento no es solamente para quien dependiera absolutamente del causante, sino además, para quien tuviera una ayuda, sin cuyo concurso se vea perjudicada; la afectación puede ser total, si el causante proporcionaba un valor que cubría íntegramente los gastos de los beneficiarios, pero también puede ser parcial, si el auxilio o contribución se destinaba a algunos gastos, con una suma fija, o para unas determinadas necesidades, sin dejar de advertirse que en el caso de algunos perjuicios materiales no es necesario ningún tipo de dependencia económica entre el reclamante y la víctima, como cuando se reclama el llamado daño emergente; pero si se trata de lucro cesante, es apenas natural que debe existir algún vínculo económico entre dichas partes, que implique que el reclamante se vea afectado en la forma dicha.

En tal virtud, al revisar el acervo probatorio aportado a los autos, observa la Sala una orfandad probatoria frente al aporte económico parcial o total que pudiera recibir la señora LIDIA GARCÍA GUZMAN del causante, dado que únicamente fue allegado a folio 77 el certificado de afiliación a CAFESALUD EPS de la demandante, donde se muestra que es beneficiaria de su hijo, sin

que esto aporte un mínimo grado de certeza acerca de la dependencia requerida para fundamentar su pretensión de lucro cesante, debiéndose entonces ABSOLVER a la pasiva de la misma.

En cuanto a **los perjuicios morales**, la HCSJ en su sentencia SL7459 de 2017 aceptó la gran dificultad que existe en la valoración monetaria del daño material que comporta la pérdida de un ser querido, admitiendo entonces que la misma sea dejada al arbitrio de juez, en observación, claro está, de las reglas de la sana crítica y de la experiencia, indicando que “En efecto la pérdida de un ser querido trae consigo la aflicción por la ausencia, y la obvia afectación espiritual ante la desaparición, y ante la evidente dificultad de evaluarse monetariamente, debe acudirse a evidenciar las consecuencias emocionales de quienes lo sufren”.

Así mismo, en su providencia de Radicación N° 32720 del 15 de octubre de 2008 manifestó que *“De tiempo atrás tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Sala que en materia de perjuicios morales derivados de un accidente de trabajo en el que se produce la muerte del operario, en principio **no hay necesidad de probarlos**, pues incuestionablemente la pérdida de un ser querido ocasiona naturalmente en sus deudos un dolor y una aflicción que están dentro de sus esferas íntimas, de ahí que igualmente se ha sostenido invariablemente que su tasación queda al prudente arbitrio del juzgador, ya que se trata de un daño que no puede ser evaluado monetariamente, por ser imposible determinar cuál es el precio del dolor, lo que no obsta, sin embargo, para que el juez pueda valorarlos pecuniariamente según su criterio, partiendo precisamente de la existencia del dolor”*.

Igualmente, en su sentencia CSJ SL13074-2014, reiterada en la CSJ SL4913-2018, y posteriormente en la SL3693-20019, la Alta Corporación indicó:

d) Presunción de hombre (presunción hominis) o presunción judicial

La jurisprudencia de esta Corte la ha entendido como aquella en donde la prueba «dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge» (sentencia CSJ SC del 5 de may./1999, rad. 4978).

*Lo anterior significa que **se presume** el dolor, la aflicción, la congoja de quien invoca y, desde luego, prueba la relación familiar con la víctima directa; condición no solamente anclada, como lo ha dicho esta Sala, en lazos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos, sino también a través de un vínculo consanguíneo, afín, por adopción o de*

crianza.

Ahora bien, como presunción que es, resulta insoslayable la circunstancia de que puede ser derruida por el llamado a reparar los perjuicios, laborío que cumple en cuanto acredite que pese a que la persona reclamante forma parte del núcleo familiar, las condiciones, por ejemplo, de fraternidad y cercanía mencionadas no existieron.

Así las cosas, en este caso, al estar demostrado los lazos familiares existentes entre el causante y la señora LIDIA GARCÍA GUZMÁN, como su madre, y la pasiva no realizó esfuerzo probatorio alguno teniendo a evidenciar que la demandante no formaba parte de este núcleo íntimo, esta Sala tendrá como suma representativa de los perjuicios morales sufridos por la esta, el valor de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000) a favor de la señora LIDIA GARCÍA GUZMÁN y a cargo de la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S., los cuales deberán ser indexados al momento de su pago.

En virtud de lo anteriormente decidido, se declarará como no probada la excepción denominada la de inexistencia de culpa en la demandada GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S. propuesta por la pasiva.

Sin costas en esta instancia.

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EN SU TOTALIDAD la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 23 de mayo de 2018 y en su lugar **DECLARAR** la responsabilidad de la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S., en el fallecimiento del trabajador CARLOS ALBERTO CASTRO GUZMÁN.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S. a cancelar a favor de la señora LIDIA GARCÍA GUZMÁN, la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000) por concepto de perjuicios morales sufridos por el fallecimiento de su hijo, CARLOS ALBERTO CASTRO GUZMÁN, suma que deberá ser indexada al momento de su pago.

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

CUARTO: DECLARAR como no probada la excepción denominada la de inexistencia de culpa en la demandada GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S. propuesta por la pasiva.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



SALVAMENTO DE VOTO
NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 036, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.



Secretario



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA
SALA DE DECISION LABORAL
SALVAMENTO DE VOTO
MAGISTRADA NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Radicado No. 2016-00379
Partida Tribunal No 18.154

Con mi acostumbrado respeto para mis compañeros de sala, les manifiesto que salvo mi voto respecto de la decisión de la sala mayoritaria de revocar en su totalidad la sentencia proferida Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 23 de mayo de 2018, y en su lugar declarar la responsabilidad de la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S., en el fallecimiento del trabajador CARLOS ALBERTO CASTRO GUZMÁN, y por ende, condenar a la empresa GRACIELA TARAZONA GONZALEZ, S.A.S. a cancelar a favor de la señora LIDIA GARCÍA GUZMÁN, la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000) por concepto de perjuicios morales sufridos por el fallecimiento de su hijo, CARLOS ALBERTO CASTRO GUZMÁN, suma que deberá ser indexada al momento de su pago.

Para llegar a esta conclusión, la Sala Mayoritaria determinó que de la sentencia SL16367 de 2014, de la Honorable Corte Suprema de Justicia (citada más recientemente en aquella con Radicación n° 65859 de 2019), se podía concluir, que por regla general, las contingencias que afectan la vida o integridad personal de los trabajadores cuando se ven expuestos a las alteraciones del orden público nacional propiciadas por grupos armados al margen de la ley, no son considerados riesgos genéricos ni específicos, *sino riesgos excepcionales*, por lo que en principio escaparían la esfera de la responsabilidad patronal; sin embargo, por excepción y bajo ciertas circunstancias, es posible atender esta clase de eventos como generadores de dicha responsabilidad, debiéndose en estos casos, estudiarse la conducta del empleador desde la óptica de la *culpa grave o lata*, en los términos del artículo 63 del CC.

En tal virtud, consideró la Sala Mayoritaria que al encontrarse entonces frente a un hecho atribuido por el informe final realizado por la misma empresa demandada, a un *“atentado realizado con un arma potente de francotirador Tipo 7.62”* (folio 40) y que según el mismo *“el área de Tibú y sectores cercanos representa un conflicto social grande y existen antecedentes de eventos similares: uso de francotiradores contra población civil y militar”*, es posible afirmar que se está frente a un *riesgo de carácter excepcional*.

Agregó además, que a folio 38 se logró establecer que existían “Condiciones inseguras de trabajo. No había presencia de barreras para el control de peligros externos: aislamientos de zonas de trabajo; desconocimiento de normas y políticas para el manejo de estos riesgos En zona de conflicto. Esto facilitó la acción Criminal de un francotirador”, habiéndose detallado las falencias encontradas en términos de seguridad frente a los peligros de orden público que aquejaban la zona.

Por lo que concluyó que la empresa demandada no desplegó actividad probatoria alguna con miras a demostrar que realizó acciones tendientes a evitar atentados contra la vida y seguridad de sus trabajadores, empleando al menos, lo equivalente a *aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios*, sin aportar material probatorio que permitiera controvertir lo afirmado en el informe final, tales como cerramientos del lugar donde se ubican los materiales o equipos vulnerables y peligrosos, cubrimiento u ocultamiento de los mismos con el fin de disminuir su visibilidad, entre otras medidas que al menos demostraran que se aplicó, por lo menos, un cuidado minúsculo.

Sin embargo, no compartió la decisión de la Sala Mayoritaria, toda vez que la interpretación que le dio a la sentencia SL16367 de 2014 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no corresponde con la verdadera intelección de la misma, pues para que los *riesgos excepcionales*, entendidos estos, como aquellas contingencias que afectan la vida o integridad personal de los trabajadores cuando se ven expuestos a las alteraciones del orden público nacional propiciadas por grupos armados al margen de la ley, puedan considerarse como generadores de la misma responsabilidad patronal a que se refiere el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, es necesario que concurren ciertas circunstancias como: ***“Que a pesar del conocimiento cierto y previo del empleador sobre su peligro y magnitud se le expone a ellos deliberadamente al trabajador debiéndose en estos casos, estudiarse la conducta del empleador desde la óptica de la culpa grave o lata, en los términos del artículo 63 del Código Civil, por traducir un actuar con negligencia grave, como cuando no se manejan los negocios ajenos con aquel cuidado que au□n las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios, es decir, cuando se actu□a de manera equiparable a la del dolo civil”*** (sentencia SL16367 de 2014).

Para la suscrita, es claro que esta circunstancia de *conocimiento cierto y previo del empleador sobre su peligro y magnitud* no se cumplió toda vez que no existe dentro del expediente prueba alguna que evidencie que en efecto el empleador previo a desarrollar su objeto social tuvo conocimiento cierto sobre eventuales amenazas contra la empresa o contra la vida e integridad de sus trabajadores.

De la valoración probatoria expuesta en el fallo se evidencia la asignación de riesgo, a la mera ubicación de la prestación del servicio en el Municipio de Tibú por ser una zona cercana al conflicto armado, y que la ausencia de protección facilitó la ocurrencia del siniestro. Sin embargo, la interpretación dada en el proyecto derrotado a la sentencia en cita, implica que la culpa solo es imputable por una situación excepcional de la que hubiere tenido conocimiento el empleador y no tomó las mínimas medidas adecuadas.

Para el presente caso, como se indicó, ninguna prueba dirige a la demostración de amenazas claras y concretas sobre la empresa o alguno de sus trabajadores, por lo que la mera ubicación en un municipio de zona de conflicto armado, no puede ser el elemento determinador para atribuir la culpa, pues ello desconoce la libertad de empresa que rige en todo el territorio nacional, y por tratarse de un hecho general y abstracto no da lugar a establecer un nexo causal entre la ocurrencia del siniestro y la responsabilidad del patrono.

Por el contrario, de las pruebas analizadas, es claro que la afectación de la vida del señor CARLOS ALBERTO CASTRO como consecuencia del accidente de trabajo ocurrido el 2 de octubre de 2015, no fue como consecuencia de la negligencia del empleador en los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores, ya que, conforme se evidenció de la inspección realizada al cilindro de gas GLP por parte de la empresa de ingeniería especialista en este tipo de actividades, se concluyó que el cilindro cumplía con la normatividad NTC5221-1, que se establece para este tipo de estructuras, y dentro del expediente no existe prueba distinta a esta que controvierta el informe realizado por la empresa especialista en ingeniería, lo que conlleva a que no existió culpa suficiente del empleador en la ocurrencia del siniestro.

De igual forma, debe mencionarse que el daño no se originó en una actividad relacionada con el trabajo del señor CARLOS ALBERTO CASTRO, ya que la función para la cual se contrató fue la de Ayudante Técnico, y no tenía asignada la operación del equipo de Oxicorte e igualmente no estaba capacitado para el ajuste adecuado del equipo en sus accesorios para manipulación segura, y el trabajador no solicitó el permiso de trabajo para realizar la actividad subestandar de corte de varilla con oxicorte, poniendo en peligro su vida y las de los demás, al omitir el procedimiento de solicitud de permiso, y manipular un equipo que no estaba asignado a sus funciones, y tampoco, en todo caso dicha actividad correspondía a una tarea que le hubiera sido asignada por su empleador.

Por lo anterior, estimo que la decisión más adecuada para resolver este asunto era absolver a la demandada y por ende confirmar la decisión de primera instancia.

Atentamente.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES

Magistrada

Firmado Por:

**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
**e63cf671dc944807a8769a1d8d30b78d737f36839d816c2abe0e55f3ba
35087e**

Documento generado en 24/03/2021 04:40:19 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-001-2016-00430-01

Partida Tribunal: 18204

Juzgado: Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta

Demandante: Gerardo Antonio Mora Ramírez y otros

Demandada (o): Fondo Nacional del Ahorro y otros

Tema: Contrato de Trabajo

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de apelación presentados por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 22 de junio de 2018, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2016-00430-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18204 promovido por los señores GERARDO ANTONIO MORA RAMÍREZ, ERIKA YICETH PÉREZ PÉREZ, SANDRA PATRICIA URE GÓMEZ, MARLA YURLEY MORA ORTIZ, JINARETH PAOLA SERRANO REDONDO Y MADELAINE YANETH SANCHEZ SUAREZ en contra de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., y solidariamente contra las empresas FONDO NACIONAL DEL AHORRO, TEMPORALES UNO-A S.A., ACTIVOS, S.A., S&S SERVICIOS Y ASESORÍAS.

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

I. ANTECEDENTES

Los demandantes, por intermedio de apoderado judicial instauraron demanda ordinaria laboral en contra de las empresas OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., y solidariamente contra la empresa FONDO NACIONAL DEL AHORRO, pretendiendo lo siguiente:

1. GERARDO ANTONIO MORA

- a. Se declare la existencia de un contrato de trabajo entre él y el FNA, del 16 de abril de 2012, el cual se encuentra aún vigente.
- b. Que se le incluya en la nómina de trabajadores oficiales del FNA.
- c. Que le cancelen los salarios y prestaciones sociales iguales a los de un trabajador en el cargo de COMERCIAL III o en un cargo análogo, que pertenezca a la planta de personal del FNA, durante toda su relación laboral.
- d. Se le reconozca como trabajador oficial del FNA y beneficiario de la convención colectiva de trabajo vigente en la empresa.
- e. Se le reliquiden los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social integral y parafiscales teniendo en cuenta el salario y los beneficios convencionales a que tiene derecho.
- f. Que le cancelen los derechos convencionales a que tiene derecho.
- g. Que se cancelen sus salarios adeudados por OPTIMIZAR SERVICIOS EST S.A., desde el 01 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, así como las cesantías, vacaciones, y demás beneficios convencionales a que tiene derecho.
- h. El pago de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción por no consignación de intereses a las cesantías (sic),
- i. El pago de la indemnización del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.
- j. El pago de los intereses moratorios por las sumas adeudadas o su indexación.

2. ERIKA YICETH PÉREZ PÉREZ

- a. Se declare la existencia de un contrato de trabajo entre ella y el FNA, del 18 de junio de 2011, el cual se encuentra aún vigente.

- b. Que se le incluya en la nómina de trabajadores oficiales del FNA.
- c. Que le cancelen los salarios y prestaciones sociales iguales a los de un trabajador en el cargo de COMERCIAL III o en un cargo análogo, que pertenezca a la planta de personal del FNA, durante toda su relación laboral.
- d. Se le reconozca como trabajadora oficial del FNA y beneficiaria de la convención colectiva de trabajo vigente en la empresa.
- e. Se le reliquiden los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social integral y parafiscales teniendo en cuenta el salario y los beneficios convencionales a que tiene derecho.
- f. Que le cancelen los derechos convencionales a que tiene derecho.
- g. Que se cancelen sus salarios adeudados por OPTIMIZAR SERVICIOS EST S.A., desde el 01 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, así como las cesantías, vacaciones, y demás beneficios convencionales a que tiene derecho.
- h. El pago de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción por no consignación de intereses a las cesantías (sic),
- i. El pago de la indemnización del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.
- j. El pago de los intereses moratorios por las sumas adeudadas o su indexación.

3. MARLA YUREY MORA ORTÍZ

- a. Se declare la existencia de un contrato de trabajo entre ella y el FNA, del 19 de mayo de 2015, el cual se encuentra aún vigente.
- b. Que se le incluya en la nómina de trabajadores oficiales del FNA.
- c. Que le cancelen los salarios y prestaciones sociales iguales a los de un trabajador en el cargo de COMERCIAL III o en un cargo análogo, que pertenezca a la planta de personal del FNA, durante toda su relación laboral.
- d. Se le reconozca como trabajadora oficial del FNA y beneficiaria de la convención colectiva de trabajo vigente en la empresa.
- e. Se le reliquiden los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social integral y parafiscales teniendo en cuenta el salario y los beneficios convencionales a que tiene derecho.

- f. Que le cancelen los derechos convencionales a que tiene derecho.
- g. Que se cancelen sus salarios adeudados por OPTIMIZAR SERVICIOS EST S.A., desde el 19 de mayo de 2015 al 30 de septiembre de 2015, así como las cesantías, vacaciones, y demás beneficios convencionales a que tiene derecho.
- h. El pago de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción por no consignación de intereses a las cesantías (sic).
- i. El pago de la indemnización del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.
- j. El pago de los intereses moratorios por las sumas adeudadas o su indexación.

4. JINARETH PAOLA SERRANO

- a. Se declare la existencia de un contrato de trabajo entre ella y el FNA, del 19 de mayo de 2015, el cual se encuentra aún vigente.
- b. Que se le incluya en la nómina de trabajadores oficiales del FNA.
- c. Que le cancelen los salarios y prestaciones sociales iguales a los de un trabajador en el cargo de COMERCIAL III o en un cargo análogo, que pertenezca a la planta de personal del FNA, durante toda su relación laboral.
- d. Se le reconozca como trabajadora oficial del FNA y beneficiaria de la convención colectiva de trabajo vigente en la empresa.
- e. Se le reliquiden los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social integral y parafiscales teniendo en cuenta el salario y los beneficios convencionales a que tiene derecho.
- f. Que le cancelen los derechos convencionales a que tiene derecho.
- g. Que se cancelen sus salarios adeudados por OPTIMIZAR SERVICIOS EST S.A., desde el 19 de mayo de 2015 al 30 de septiembre de 2015, así como las cesantías, vacaciones, y demás beneficios convencionales a que tiene derecho.
- h. El pago de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción por no consignación de intereses a las cesantías (sic).
- i. El pago de la indemnización del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

j. El pago de los intereses moratorios por las sumas adeudadas o su indexación.

5. SANDRA PATRICIA URE GÓMEZ

- a. Se declare la existencia de un contrato de trabajo entre ella y el FNA, del 01 de junio de 2015, el cual se encuentra aún vigente.
- b. Que se le incluya en la nómina de trabajadores oficiales del FNA.
- c. Que le cancelen los salarios y prestaciones sociales iguales a los de un trabajador en el cargo de COMERCIAL II o en un cargo análogo, que pertenezca a la planta de personal del FNA, durante toda su relación laboral.
- d. Se le reconozca como trabajadora oficial del FNA y beneficiaria de la convención colectiva de trabajo vigente en la empresa.
- e. Se le reliquiden los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social integral y parafiscales teniendo en cuenta el salario y los beneficios convencionales a que tiene derecho.
- f. Que le cancelen los derechos convencionales a que tiene derecho.
- g. Que se cancelen sus salarios adeudados por OPTIMIZAR SERVICIOS EST S.A., desde el 01 de junio de 2015 al 30 de septiembre de 2015, así como las cesantías, vacaciones, y demás beneficios convencionales a que tiene derecho.
- h. El pago de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción por no consignación de intereses a las cesantías (sic),
- i. El pago de la indemnización del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.
- j. El pago de los intereses moratorios por las sumas adeudadas o su indexación.

6. MADELAINE YANETH SÁNCHEZ SUÁREZ

- a. Se declare la existencia de un contrato de trabajo entre ella y el FNA, del 01 de enero de 2015 al 03 de diciembre de 2015, fecha en que fue despedida, al ser su tercer día de lactancia.
- b. Que dicho despido debe ser declarado nulo por cuanto gozaba de estabilidad laboral reforzada.

- c. Que se condene OPTIMIZAR y al FNA al pago de todos los salarios, primas de ley, extralegales y convencionales, y aportes a seguridad social integral y parafiscales de acuerdo a la tabla salarial de un funcionario de planta con un cargo similar.
- d. El pago de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción por no consignación de intereses a las cesantías (sic).
- e. Que se ordene su reintegro a un cargo igual o superior al que ejercía antes de ser despedida.
- f. Que como consecuencia del reintegro, se ordene al FNA el pago de todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos a que tenga derecho por ley y por ser beneficiaria de la convención colectiva de trabajo vigente.
- g. Subsidiariamente solicitó el pago de la indemnización por despido sin justa causa, cuando gozaba de su tercer día del periodo de lactancia, y se ordene el pago de todos los aportes a la seguridad social desde que fue despedida hasta su reintegro.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 316 a 323 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

HECHOS ESPECÍFICOS

- 1. GERARDO ANTONIO MORA** indicó lo siguiente como fundamento fáctico de su causa petendi:
 - a. Que inició a laborar en el FNA desde el 16 de abril de 2012 en el cargo de COMERCIAL III con un salario asignado de \$1.890.000, vínculo que se encontraba vigente a la fecha de presentación de la demanda y que se dio de manera tercerizada, a través de empresas de servicios temporales, tal y como se indica a folio 316 del expediente.
 - b. Que sus funciones son de carácter permanente en la entidad y son propias de un funcionario de planta.

- c. Que el fondo y la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. le adeudan la liquidación por el periodo del 01 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015.

2. ERIKA YICETH PÉREZ PÉREZ

- a. Que empezó a laborar en el FNA desde el 18 de junio de 2011 en el cargo de COMERCIAL III con un salario asignado de \$1.750.000, vínculo que se encontraba vigente a la fecha de presentación de la demanda y que se dio de manera tercerizada, a través de empresas de servicios temporales, tal y como se indica a folio 317 del expediente.
- b. Que sus funciones son de carácter permanente en la entidad y son propias de un funcionario de planta.
- c. Que el fondo y la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. le adeudan la liquidación por el periodo del 01 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015.

3. MARLA YUREY MORA ORTÍZ

- a. Que empezó a laborar en el FNA desde el 19 de mayo de 2015 en el cargo de COMERCIAL III con un salario asignado de \$1.750.000, vínculo que se encontraba vigente a la fecha de presentación de la demanda y que se dio de manera tercerizada, a través de empresas de servicios temporales, tal y como se indica a folio 318 del expediente.
- b. Que sus funciones son de carácter permanente en la entidad y son propias de un funcionario de planta.
- c. Que el fondo y la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. le adeudan la liquidación por el periodo del 19 de mayo de 2014 (sic) al 30 de septiembre de 2015.

4. JINARETH PAOLA SERRANO

- a. Que empezó a laborar en el FNA desde el 19 de mayo de 2015 en el cargo de COMERCIAL III con un salario asignado de \$1.750.000, vínculo que se encontraba vigente a la fecha de

presentación de la demanda y que se dio de manera tercerizada, a través de empresas de servicios temporales, tal y como se indica a folio 318 del expediente.

- b. Que sus funciones son de carácter permanente en la entidad y son propias de un funcionario de planta.
- c. Que el fondo y la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. le adeudan la liquidación por el periodo del 19 de mayo de 2014 (sic) al 30 de septiembre de 2015.

5. SANDRA PATRICIA URE GÓMEZ

- a. Que empezó a laborar en el FNA desde el 01 de junio de 2015 en el cargo de COMERCIAL II con un salario asignado de \$1.334.000, vínculo que se encontraba vigente a la fecha de presentación de la demanda y que se dio de manera tercerizada, a través de empresas de servicios temporales, tal y como se indica a folio 319 del expediente.
- b. Que sus funciones son de carácter permanente en la entidad y son propias de un funcionario de planta.
- c. Que el fondo y la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. le adeudan la liquidación por el periodo del 01 de junio de 2015 al 30 de septiembre de 2015.

6. MADELAINE YANETH SÁNCHEZ SUAREZ

- a. Que empezó a laborar en el FNA desde el 07 de febrero de 2011 en el cargo de COMERCIAL III con un salario asignado de \$1.750.000, vínculo que se dio de manera tercerizada, a través de empresas de servicios temporales, tal y como se indica a folio 320 del expediente, y que fue finalizado el 03 de diciembre de 2015, estando en su tercer día de lactancia, aduciendo que en la empresa usuaria, FNA, habían finalizado las labores que ella desempeñaba.
- b. Que sus funciones eran de carácter permanente en la entidad y son propias de un funcionario de planta.

- c. Que el fondo y la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. le adeudan la liquidación por el periodo del 01 de diciembre de 2014 al 03 de diciembre de 2015.

HECHOS COMUNES

- a. Que las órdenes de trabajo las recibían de manera verbal o a través de correo electrónico, donde les exigían cumplimiento de horario, puntualidad y les realizaban llamados de atención.
- b. Que cumplían un horario de trabajo de 8:00 am a 12:00 m y de 2:00 a 6:00 pm de lunes a sábado, llevándose en el fondo, un control de asistencia

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificada de la admisión de la demanda presentada en su contra, el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, mediante contestación vista a folios 454 a 496, se opuso totalmente a las pretensiones, manifestando que los demandantes fueron trabajadores remitidos en misión por parte de las empresas de servicios temporales contratadas; que el fondo no tiene autonomía para contratar en forma directa pues la ley no se lo permite y en atención a que su planta de personal es reducida y no se puede ampliar, sino por intermedio de la Ley, contrató con EST, para el suministro de personal en misión.

Como excepciones previas propuso las de cosa juzgada y la prescripción y como de fondo propuso las de prescripción, imposibilidad legal del FNA para contratar laboralmente, excepción de legalidad de la contratación, no haber tenido la calidad de empleador del demandante, cobro de lo no debido, buena fe, la genérica, enriquecimiento sin causa, inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva.

La empresa **ACTIVOS S.A.**, indicó en su contestación (folios 564 a 578), que los demandantes fueron sus empleados y fueron enviados en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO por el tiempo que durara la obra o labor contratada; que a los trabajadores les cancelaron siempre sus acreencias y factores laborales a que tenían derecho.

Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe de activos s.a., enriquecimiento sin causa, compensación, cobro de lo no debido e inexistencia de solidaridad.

La empresa **TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S.**, dio formal contestación la demanda incoada en su contra mediante escrito visto a folios 621 a 640, indicando que se opone a la totalidad de las pretensiones; manifestó que los demandantes GERARDO ANTONIO MORA, ERIKA YICETH PEREZ PÉREZ, MADELAINE YANTHE SÁNCHEZ SUAREZ, desarrollaron con la sociedad, un contrato de trabajo escrito por término de duración de la obra o labor contratada, siendo enviados en misión al FNA, empresa que requería atender la variación en el flujo de personal.

Como excepción previa propuso la de inepta demanda, y como de mérito, las de buena fe del empleador, inexistencia de contrato a término indefinido, inexistencia de falta de pagos por aspectos salariales otorgados sindicalmente, inexistencia de terminación injusta de contrato, ausencia del estado de debilidad manifiesta, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, inexistencia de la continuidad alegada, ausencia de solidaridad, pago, temeridad y prescripción.

La empresa **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN** dio contestación a la demanda (folios 788 a 820) oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra; indicó que hay ciertas acreencias laborales debidas a los demandantes, dado que su pago no se ha podido efectuar, al estar sujeto a las reglas de concurso, por expresa disposición del artículo 50.5 de la Ley 1116 de 2006, por lo cual, las mismas serán pagadas dentro del proceso de liquidación judicial presentado el 09 de junio de 2017 ante el juez del concurso, en su debida etapa procesal, en el orden de prelación legal y hasta la concurrencia de los activos de la demandada.

Como excepciones de fondo propuso las de existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y la genérica.

La empresa **S&S SERVICIO Y ASESORÍAS S.A.S.**, presentó memorial de contestación de la demanda de manera extemporánea, por lo que el mismo no fue admitido.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en providencia de fecha 22 de junio de 2018, resolvió declarar que los demandantes Gerardo Antonio Mora Ramírez, Erika Yiset Pérez Pérez, Marla Yurley Mora Ortiz, Yinareth Paola Serrano, Sandra Patricia Ure Gómez, Madeleine Sánchez prestaron sus servicios para el Fondo Nacional Del Ahorro en calidad de trabajadores en misión de diversas temporales por un término superior al establecido en la ley 50 de 1990 y decreto 4369 del 2006 y, en consecuencia, ordenó la vinculación de manera directa a la nómina de personal del Fondo Nacional Del Ahorro de los aquí demandantes a partir del día siguiente al cumplimiento del término estipulado en el decreto 4369 del 2006 en iguales y/o superiores condiciones a las que contaban con las empresas de servicios temporales, conforme al cargo compatible a su perfil laboral y gozando igualmente de todas las prerrogativas legales y extralegales a que haya lugar a partir de su vinculación, la cual será para Gerardo Antonio Mora Ramírez a partir del 16 de abril del año 2013, para Erika Yiset Pérez Pérez a partir del 18 de julio del 2012, para Marla Yurley Mora Ortiz a partir del 19 de mayo del 2016, para Yinareth Paola Serrano a partir del 19 de mayo de 2016, para Sandra Patricia Ure Gómez a partir del 1 de junio del año 2016, para Madeleine Sánchez a partir del 7 de febrero de 2012.

Así mismo, facultó al Fondo Nacional Del Ahorro para que efectúe las respectivas compensaciones sobre los pagos ya recibidos por cada uno de los aquí demandantes por concepto de salarios y prestaciones sociales ya canceladas a estos por parte de las empresas de servicios temporales, absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

El juez a quo fundamentó su decisión en el hecho que se probó que tanto en FNA como las empresas de servicios temporales contratadas incurrieron en la violación del límite temporal de 6 meses prorrogables por otros 6 meses,

para el empleo de trabajadores en misión, sin desconocerse que las labores para las que el FNA efectuó los contratos con las ETS tenían la naturaleza de ocasionales, accidentales o transitorias, al haberse dado en un principio por incrementos en la producción.

Por lo anterior, ordenó la vinculación de manera directa a la nómina del personal del Fondo Nacional Del Ahorro de los aquí demandantes a partir del día siguiente al cumplimiento del término estipulado en el decreto 4369 del 2006.

Indicó que no realizó las reliquidaciones de las acreencias laborales a que tendrían derecho los demandantes, dado que no consta en el expediente los valores exactos que les fueron cancelados por concepto de salarios y prestaciones sociales, sin obrar igualmente, la convención colectiva de trabajo vigente del FNA, lo que, a su juicio, le impidió determinar los beneficios que deberían ser otorgados, indicando **que partir de la vinculación a nómina de la entidad**, los demandantes gozarán igualmente de todas las prerrogativas legales y extralegales a que haya lugar a partir de la vinculación de cada uno.

Frente a la excepción de prescripción propuesta como medio de defensa por parte de la entidad demandada, consideró que su estudio no era procedente, por cuanto se está ordenando la vinculación de los trabajadores a la nómina del Fondo Nacional Del Ahorro sin solución de continuidad.

No se refirió el juez en su sentencia a las pretensiones de la señora MADELAINE YANETH SANDEZ SUAREZ relacionas con su estabilidad laboral en virtud del periodo de lactancia, ni de la ineficacia de su despido y sus consecuencias; igualmente, omitió el juez el estudio de la nivelación salarial en el cargo de planta en el FNA, de las reliquidaciones prestacionales pedidas y de las sanciones e indemnizaciones incluidas en el libelo demandatorio.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Mostró la parte demandante su descontento con la anterior sentencia, en el sentido que no les cancelaron a los demandantes, los salarios con respecto

al cargo similar al que el fondo tiene en la planta de personal, el cual es Técnico Administrativo II cuyo salario actualmente está en \$2,481,628, más un auxilio de alimentación mensual de \$585,900.

Para esto, indicó que al mirar cada una de las funciones que los trabajadores realizaron durante todo el tiempo para el Fondo Nacional Del Ahorro, a través de temporales, esas mismas funciones se encuentran en la tabla o en el manual que existe en el Fondo, de las funciones para los trabajadores de la entidad; que esto se encuentra en la resolución 056 del 2015 del Fondo Nacional Del Ahorro de la página 119 a la 122 por la cual se modifica el manual específico de funciones, requisitos y competencias laborales de los empleados de la planta de personal del Fondo Nacional Del Ahorro Código GHMN funciones, requisitos y competencias laborales versión 5, donde se verifica que el cargo de Técnico Administrativo II de la dependencia comercial tiene las funciones similares o iguales a las que los demandantes han realizado desde que fueron vinculados.

Así mismo solicitó que se tenga este salario en cuenta para hacer todos los pagos de las indemnizaciones solicitadas del artículo 65 el Código Sustantivo del Trabajo, del artículo 99 de la ley 50 de 1990 y además del pago de vacaciones y todos los emolumentos laborales y beneficios consagrados en la convención colectiva de trabajo.

Igualmente solicitó se condene a los demandados al pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 65, por cuanto a los trabajadores les dejaron de cancelar salarios y prestaciones sociales después de haber salido, teniendo en cuenta que cuatro de los demandantes ya no trabajan en el Fondo Nacional Del Ahorro; que a Marla Yurley Mora le fue terminado su vínculo laboral, así como a Yinareth Paola Serrano, a la señora Madeleine Janeth Sánchez Suárez que estaba en su tercer día de lactancia y al señor Gerardo Antonio Mora, quien después de laborar más de 5 años debió renunciar debido a presiones en el cumplimiento de metas.

Pretendió también el pago de la sanción consagrada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 por no consignación completa de sus cesantías en el fondo correspondiente, teniendo en cuenta el salario que debían devengar.

Solicitó el pago de dominicales, festivos y horas extras, las cuales están debidamente probados en los mismos correos electrónicos cuando citaban a los trabajadores a las 6:00 de la mañana, horas que no son laborables los sábados, los domingos, los festivos, los citaban a realizar campañas para promocionar la entidad al público en general.

Se manifestó respecto a la deuda que existe con los trabajadores con respecto a los salarios, no solamente que le dejaron de cancelar por la nivelación salarial que aquí se reclama, sino con respecto a salarios que les quedaron debiendo y pagos de prestaciones sociales por parte de la empresa temporal OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA.

2. PARTE DEMANDADA- FONDO NACIONAL DEL AHORRO

Interpuso la entidad recurso de apelación frente a los numerales tercero, cuarto y sexto de la parte resolutive de la sentencia.

Al respecto, alegó que no se tuvo en cuenta las tachas que fueron interpuestas a los testimonios que se recaudaron, toda vez que los testigos también tienen procesos judiciales en contra del Fondo Nacional Del Ahorro; que los testigos mostraron al despacho encontrarse debidamente preparados respecto a la fechas de ingreso y retiro de sus compañeros, pese a que no ostentaban cargos de manejo de recursos humanos que les permitiera tener acceso a tal información; que fue clara la parcialidad de los testigos al usar términos como “tercerización” al referirse a su vinculación con las empresas de servicios temporales y en ese sentido no deberían ser tenidos en cuenta.

Ahora bien, respecto a la declaración de la existencia del contrato a través de un contrato realidad, consideró que yerra el despacho al acceder a lo pretendido por cuanto no existió el contrato laboral declarado; que la entidad con carácter estatal está sujeta la regla de vinculación prevista en la resolución 070 el 2000, en la que no se encuentra el cargo que se alega, y de querer agregarse nuevos cargos, incurriendo incluso en la modificación de la escala salarial asignada, al no estar el cargo, debe hacerse a través de mandato legal dada la naturaleza del Fondo Nacional Del Ahorro.

Precisó que el fondo, ante la falta de personal y al encontrarse en expansión

para el cumplimiento de sus funciones, contrató con las empresas de servicios temporales de conformidad con la ley 50 de 1990 específicamente su artículo 71; que el cargo que desarrollaban los demandantes no se encuentra configurado dentro de la planta del Fondo Nacional Del Ahorro, y que la similitud de los cargos que alegan los demandantes no aplica, por cuanto es claro que la contratación de personal en misión se dio en razón a la insuficiencia de personal de planta para cumplir todas las funciones; que los demandantes se vincularon directamente con las empresas de servicios temporales y fue respecto de ellas que se configuró la relación laboral; que prueba de lo mismo son los contratos, certificaciones, pago de aportes, liquidaciones y paz y salvo allegados como documental en el trámite de primera instancia por las empresas de servicios temporales.

Indicó que las pruebas fueron enfáticas en que las empresas de servicios temporales actuaron frente a los demandantes con plena autonomía técnica y directiva asumiendo los riesgos, siendo el verdadero empleador; que ha sido reiterada jurisprudencia declarar que las empresas de servicios temporales como verdaderos empleadores, entre ellas la sentencia 9435 del 24 de abril de 1997 y la sentencia con radicado 9435240497; que a diferencia de las empresas de servicios temporales, los intermediarios pueden ser personas naturales o personas jurídicas que no se encuentran regulados por el ministerio del trabajo y las empresas de servicios temporales están sujetas al control del mismo.

Precisó que no se presentan los elementos necesarios para la configuración de un contrato de trabajo; que el Fondo no fijó los horarios de los demandantes, ya que de esto se encargaba la empresa; que los demandantes y testigos se contradijeron unos a otros señalando varios horarios, los cuales no se ejercieron con sujeción al Fondo Nacional Del Ahorro, ya que este sí fijaba metas, pero no fijaba los horarios o las formas en las que las mismas debían alcanzarse.

Respecto de la remuneración, indicó que estaba en cabeza únicamente de las empresas de servicios temporales; que el fondo canceló ciertos dineros, pero con ocasión del contrato comercial y no por tener implicación directa con los demandantes; que los mismos testigos y demandantes señalaron al despacho que no recibieron rubro alguno del Fondo Nacional Del Ahorro sino

de las empresas de servicios temporales quienes eran sus verdaderas empleadoras, como ellas mismas lo reconocen.

Argumentó que no es cierto que el Fondo Nacional Del Ahorro tuviera como práctica contratar a través de las empresas de servicios temporales, pues lo cierto es que si bien contrataban con estas lo hacían por tratarse de: 1) una ciudad en la que se encuentran en periodo de expansión, 2) que no tienen planta fija, 3) que su vinculación es transitoria hasta tanto no se apruebe la ampliación de la planta de personal del Fondo Nacional Del Ahorro y 4) que de buena fe contrataban con las empresas de servicios temporales diferentes y ajenas las unas de las otras como lo figura en sus cámaras de comercio y sobre las cuales ignoraban que tuvieran algún convenio para vincular siempre el mismo personal.

Respecto al caso de la señora Madeleine, indicó que las discusiones tendientes a que sea declarado nulo su despido y se indemnice corresponden únicamente a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA como empleador.

Precisó que en el caso bajo estudio no se enmarca dentro de ninguna de las causales para condenar en solidaridad, ya que se estableció por la honorable Corte Suprema de Justicia que no existe solidaridad entre las empresas de servicios temporales y la empresa usuaria, pues la misma sólo opera en los casos estipulados en el Código Sustantivo del Trabajo; que sobre el tema se pronunció la sentencia del 24 de abril de 1997 con radicado 9435, en el sentido que la directa responsable de los trabajadores en misión es la empresa de servicios temporales.

Respecto a lo solicitado por la parte demandante a las condenas por los periodos de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA le asiste la obligación en este periodo; que la liquidadora de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA manifestó que la empresa se encuentra regida por el trámite de la ley 1116 de 2006, por lo tanto, las acreencias en contra de la empresa deben hacerse exigibles a través del mismo y existe póliza para el pago de tales acreencias frente a la cual pueda hacer exigible el pago.

Consideró que no hay lugar a la indexación de los mismos, por cuanto las condenas que se imputan al fondo no son procedentes ya que no fue el

verdadero empleador y los demandantes no son empleados oficiales;

Respecto de las costas y agencias en derecho, indicó que el fondo actuó de buena fe en todo momento desde que contrató con las empresas de servicios temporales, no dio lugar a los hechos que originaron la presente demanda.

Indicó que se debe tener en cuenta los saldos pagados por las empresas de servicios temporales y las fechas en que se originaron dichos derechos, a fin de determinar la procedencia el fenómeno prescriptivo sobre los mismos.

3. PARTE DEMANDADA- ACTIVOS S.A.S.

Apeló la empresa la anterior sentencia en cuanto a que el análisis en la sentencia y sus condenas se hicieron de manera general para todas las temporales, y no se individualizó la situación de cada demandante; que por ejemplo, en el caso de la señora Marla Yurley Mora Ortiz, se celebró contrato desde el 1 de octubre al 15 de noviembre de 2015 y está reclamando salario y prestaciones desde el 18 de junio del año 2011 hasta que termine una relación supuestamente de carácter permanente.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

PARTE DEMANDANTE

Solicito que se reconozca que el contrato realidad suscrito entre los trabajadores y el FNA fue como TÉCNICOS ADMINISTRATIVOS 2 de la DIVISIÓN COMERCIAL de la clasificación de Trabajadores Oficiales del FNA, que tiene un salario base de \$2.726.300 mcte y un Auxilio de alimentación mensual de \$ 658.000 mcte.

Que se condene a la demandada FNA a pagar la diferencia salarial entre el salario que recibieron durante su vinculación y el que debieron recibir como trabajadores de planta del FNA, al PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA ART. 65 CST, la sanción consagrada en el

artículo 99 ley 50 de 1990 por no consignar cesantías y sus intereses a tiempo, el pago de dominicales, festivos, horas extras diurnas, nocturnas laboradas, los salarios y prestaciones sociales, tanto por concepto de nivelación salarial como de la liquidación a la terminación del contrato de obra con la EST Optimizar, los aportes a la seguridad social integral y aportes a la caja de compensación familiar.

Que se condene al fondo por el despido ineficaz realizado a la señora MADELAINE YANETH SANCHEZ SUAREZ quién laboró en el FNA, desde el 05 de abril de 2011 hasta el 03 de dic de 2015 (tres días después de terminada la licencia de maternidad,), en el cargo COMERCIAL III, con un salario \$1'750.000 mcte, quién gozaba de estabilidad laboral reforzada, por lo cual, debe pagársele desde el 04 de diciembre de 2015, hasta el día de su incorporación a la nómina de planta del FNA, todos los salarios , prestaciones sociales , pago a la seguridad social, vacaciones, caja de compensación familiar, auxilio de alimentación y demás emolumentos laborales establecidos en la convención colectiva de la empresa y de la cual mi mandante es beneficiaria.

PARTE DEMANDADA

Alegó la parte que revisados los contratos de trabajo con la EST se aprecia que ninguno de los contratos superó el tiempo máximo que ilustra el artículo 77 de la ley 50 de 1990, lo que infiere que tales contratos se encuentran dentro de la legalidad.

Que el FONDO no tiene autonomía para contratar en forma directa pues la ley no se lo permite y en atención a que su planta de personal es reducida y no se puede ampliar sino por intermedio de una ley, contrató bajo el imperio de la ley con EST para el suministro de personal en misión y poder cumplir los fines y propósitos de la entidad como la captación de afiliados, la colocación de créditos hipotecarios y de vivienda, el posicionamiento de las cesantías en el único fondo público del país y los programas de ahorro voluntario.

Que lo anterior en fundamento a la resolución 070 de 2000, mediante la cual se adoptó la planta de persona de los trabajadores oficiales del FNA, al cual fue modificada tácitamente por el decreto 2988 de 2005, mediante el cual se suprimieron varios cargos; que al no ser posible que el F.N.A aumente su planta de personal por las restricciones legales que le impone la ley, por un lado, y no pudiendo mantener los convenios o contratos con E.S.T por más de un (1) año (porque así lo dice la ley) ha tenido que irse tras año contratando diferentes E.S.T para obtener ese apoyo logístico a fin de desarrollar su objeto social; que para ampliar la planta de personal es indispensable una reestructuración que debe ser autorizada por el alto gobierno y, ello no se ha logrado en los últimos 15 años por políticas estatales que prevalecen sobre los deseos y necesidades de la entidad; que es por ello que el F.N.A ha recurrido a la contratación de E.S.T, no por capricho, sino ante el impedimento legal narrado, siempre bajo la órbita de la buena fe y la legalidad.

Precisó que del caudal probatorio existente en el proceso, se evidencia que las actividades realizadas por los actores no fueron siempre las mismas, que su empleador empresa de servicios temporales les canceló sus prestaciones legales y los afilió a la seguridad social integral cancelándose de igual manera a la terminación de los contratos todas las prestaciones correspondientes.

Una vez cumplido el término otorgado para la presentación de alegaciones finales, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S.,

que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en los recursos de apelación, **los problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala se reducen a determinar si (i) entre cada uno de los demandantes y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO existieron sendos contratos de trabajo en los términos alegados, y en caso afirmativo, (ii) si son beneficiarios aquellos de la nivelación en el cargo de planta denominado TÉCNICO ADMINISTRATIVO II y si es factible el reconocimiento de los beneficios convencionales solicitados y el pago de las prestaciones, acreencias laborales e indemnizaciones solicitadas.

Procede entonces la Sala a determinar si en el presente caso existieron, tal como la alega la parte activa y como fuera declarado por el A quo, sendos contratos de trabajo entre las partes, los cuales fueron disfrazados utilizando la figura de la tercerización, a través de distintas empresas de servicios temporales, o si, como insiste la parte demandada, dichas empresas eran las verdaderas empleadoras de los demandantes, siendo el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, simplemente la empresa usuaria del servicio.

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

En punto de la demostración probatoria que le corresponde a los trabajadores, ha de decirse que inicialmente deben encausar sus pruebas en aras de comprobar la prestación personal del servicio en favor de la demandada, lo que logran a través de la prueba documental aportada, así:

Trabajador	Empresa Temporal	Periodo	Folio
Gerardo Antonio Mora Ramírez	Uno- A S.A.	16 abril de 2012 al 30 de enero 2013	100
	Uno- A S.A.	01 febrero de 2013 al 27 enero 2014	100
	Uno- A S.A.	28 enero de 2014 al 30 noviembre 2014	100
	Optimizar Servicios	01 diciembre de 2014 al 30 septiembre 2015	98
	Activos S.A.	01 octubre 2015 al 15 noviembre 2015	566
	S&S	01 diciembre de 2015- vigente a la presentación de la demanda	
Erika Yiceth Pérez Pérez	Uno- A S.A.	18 julio de 2011 al 13 de marzo de 2012	107
	Uno- A S.A.	14 de marzo de 2012 al 30 enero de 2013	107
	Uno- A S.A.	01 febrero de 2013 al 27 enero 2014	107
	Uno- A S.A.	28 enero de 2014 al 30 noviembre 2014	107
	Optimizar Servicios	01 diciembre de 2014 al 30 septiembre de 2015	112
	Activos S.A.	01 octubre 2015 al 15 noviembre 2015	122-123
	S&S	16 noviembre de 2015- vigente a la presentación de la demanda	593
Marla Yurey Mora Ortíz	Optimizar Servicios	19 mayo de 2015 al 30 de septiembre de 2015	145-146
	Activos S.A.	01 octubre 2015 al 15 noviembre 2015	568
	S&S	16 noviembre de 2015- 10 julio de 2016	597
	S&S	11 julio de 2016- vigente a la presentación de la demanda	597
Jinareth Paola Serrano	Optimizar Servicios	19 mayo de 2015 al 30 de septiembre de 2015	178-179
	Activos S.A.	01 octubre 2015 al 15 noviembre 2015	570
	S&S	16 noviembre de 2015- 10 julio de 2016	
	S&S	11 julio de 2016- vigente a la presentación de la demanda	593
Sandra Patricia Ure Gómez	Optimizar Servicios	01 junio de 2015 al 30 septiembre de 2015	281-288
	Activos S.A.	01 octubre 2015 al 15 noviembre 2015	572
	S&S	16 noviembre de 2015- 10 julio de 2016	600-604
	S&S	11 julio de 2016- vigente a la presentación de la demanda	600-604

Madelaine Yaneth Sánchez Suárez	Uno- A S.A.	7 febrero de 2011 al 25 marzo de 2011	207
		05 abril de 2011 al 13 de marzo de 2012	207
	Uno- A S.A.	14 marzo de 2012 al 30 de enero 2013	207
	Uno- A S.A.	01 febrero de 2013 al 27 enero 2014	207
	Uno- A S.A.	28 enero de 2014 al 30 noviembre 2014	207
	Optimizar Servicios	01 diciembre de 2014 al 03 diciembre de 2015	208- 209

Así mismo, las empresas de servicios temporales aceptaron en sus contestaciones que los demandantes prestaron sus servicios, como trabajadores en misión, a favor de la empresa usuaria FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Entonces, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 24 del CST, se presume que entre las partes de esta litis existió un contrato de trabajo, invirtiéndose la carga de la prueba recayendo en la parte demandada, la necesidad de demostrar que no existió subordinación en la relación de trabajo sostenida con los actores.

Partiendo de lo anterior, y con el fin de desvirtuar la existencia del contrato de trabajo alegado por los demandantes, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO alegó que la relación con estos, se dio a través de empresas de servicios temporales, quienes fungían como verdaderas empleadoras de aquellos, y quienes los enviaban como trabajadores en misión al fondo, para ejercer el cargo de COMERCIAL III.

Para dar peso a dichas manifestaciones, la demandada allegó al proceso como prueba los contratos estatales suscritos con las empresas TEMPORALES UNO- A y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., entre 2010 y 2015, con sus correspondientes otrosí y pólizas de seguro.

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

empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”.

En este artículo, se resalta el carácter temporal de la mencionada figura, característica ésta que debe gobernar en los casos en los que la ley autoriza su utilización, consagrados de la siguiente manera en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990:

“Artículo 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

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

Teniendo claro lo anterior, y revisando las condiciones de la contratación de los demandantes a través de las diferentes EST, se observa que no solo no se respetó la naturaleza temporal de la vinculación, sino que ésta no se dio bajo alguna de las circunstancias excepcionales exigidas por la ley; y es que haber desarrollado labores en el cargo de COMERCIAL, a favor de una empresa estatal de carácter financiero, durante más de uno, cuatro o cinco años, no puede considerarse como una relación netamente transitoria u ocasional, incluso si se hubiera utilizado más de una EST para el efecto.

Lo anterior, dado que, como lo manifestó la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su sentencia SL35208 de 2018, *“las empresas usuarias no pueden encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado”*.

Igualmente, la mencionada Corporación, en sentencia CSJ SL17025-2016, consideró lo siguiente:

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

Entonces, con fundamento en el principio de primacía de la realidad frente a las formas y con apoyo en el artículo 34 del C.S.T., es posible afirmar que las empresas de servicios temporales a través de las cuales se vinculó a los demandantes para que prestaran sus servicios a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, eran simples intermediarias de la relación laboral real, en la cual fungió como verdadera empleadora dicha entidad. Y es que, analizado en conjunto el material probatorio aportado al proceso, lo que aconteció en este caso, es que en la realidad el FONDO NACIONAL DEL AHORRO excedió los límites impuestos en la ley para la celebración y ejecución de contratos de suministro de personal en labores misionales permanentes, con el fin de disfrazar una verdadera relación de trabajo, evitando así reconocer a sus subordinados, los derechos labores que por ley le correspondían.

Así las cosas, al haberse demostrado en juicio la prestación personal del servicio por parte de la demandante a favor de la entidad demandada, a través de sendos contratos de trabajo revestidos fraudulentamente como contratos celebrados con terceros intermediarios, es posible concluir que existió, como bien lo declaró el Juez A quo, sendas relaciones de trabajo entre cada uno de los demandantes y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, siendo aquellos trabajadores oficiales, en virtud de la naturaleza jurídica de la entidad, como empresa industrial y comercial del estado, calidad establecida en la Ley 432 de 1998.

Es de aclarar que no serán objeto de estudio en esta instancia los **extremos temporales** de la relaciones declaradas dado que escapan de la órbita de

esta Sala, en cuanto no fueron objeto de reproche por alguna de las partes, debiéndose entonces CONFIRMAR los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia apelada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 22 de junio de 2018, ACLARÁNDOSE que no se ordena la vinculación de manera directa de los aquí demandantes desde las fechas establecidas en el numeral tercero de dicha providencia, tal y como fue equivocadamente dictado, sino que se DECLARA la existencia de sendos contratos de trabajo entre cada uno de los demandantes y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en los extremos consignados en el numeral TERCERO de la sentencia

Así mismo, se ADICIONA el numeral TERCERO en el sentido que el contrato de trabajo de la señora MADELAINE SÀNCHEZ SUÀREZ finalizó el día 03 de diciembre de 2015, tal y como lo aceptaron las partes dentro del proceso.

CONDENAS

Como se indicó en la proposición del problema jurídico, acreditada la existencia del contrato de trabajo alegado, y en virtud a la naturaleza de la entidad demandada y la calidad de trabajadores oficiales que ostentan los demandantes, cuando se declara la ilegalidad de la vinculación realizada a través de Empresas de Servicios Temporales, el trabajador puede ser beneficiario de las siguientes prerrogativas:

1. Nivelación Salarial y Prestacional, demostrando que en la entidad demandada el cargo desempeñado por el trabajador en misión, existe en la respectiva planta de personal percibiendo una remuneración superior a la devengada, no obstante desarrollar idénticas funciones.
2. Acceder a los beneficios convencionales de los cuales son acreedores los trabajadores de planta de la empresa.
3. En virtud a la declaratoria del contrato de trabajo y su calidad de trabajadores oficiales, acceder a las prestaciones y emolumentos legales derivados de dicha relación, tales como prima de navidad entre otros.

Así las cosas, procederá la Sala a establecer la viabilidad de las condenas en ese sentido solicitadas por la parte demandante.

NIVELACIÓN EN EL CARGO

Alega la parte demandante en su recurso de apelación, que los trabajadores fueron enviados en misión en el cargo de COMERCIAL III, realizando las mismas funciones que los trabajadores que eran contratados en la planta de personal del FNA en el cargo de Técnico Administrativo II cuyo salario actualmente está en \$2,481,628, más un auxilio de alimentación mensual de \$585,900.

Por lo anterior, solicita que se realice la nivelación de cada uno de ellos en dicho cargo, así como el reajuste salarial y prestacional que esto genera.

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

Igualmente, conforme al principio general de la carga de la prueba contemplado en el artículo 167 del Código General del Proceso, si los demandantes pretenden que se declare que, en virtud del desarrollo de su contrato de trabajo con la demandada, ejercían funciones que correspondían en la realidad al de algún cargo de planta existente en el ente empleador, deben aportar al juicio, elementos de convicción que tenga la virtualidad de demostrarlo, debiendo así mismo, probar que existía, en efecto, una diferenciación en los salarios devengados.

Revisando entonces el material probatorio aportado, encuentra la Sala que, en primer lugar, en la demanda no fue establecido el cargo al cual se está solicitando la nivelación de los trabajadores, habiéndose pretendido únicamente que se cancelaran, a cada uno de ellos, los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos salariales y no salariales

mensuales y periódicos “IGUALES a los de un trabajador en el cargo de COMERCIAL III, o en cargos análogos que pertenezcan a la planta de personal de la Empresa o simplemente establecidos por la ley”; destacándose que solamente, hasta la apelación respectiva la activa indicó que el cargo que existía en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO con el cual equiparaba al de COMERCIAL III para el que fueron contratados, era el de TÉCNICO ADMINISTRATIVO 2.

Y así como no fue determinado el cargo al que aspiraban se aplicara la aludida nivelación, no fue probado dentro del plenario el salario que era devengado por los trabajadores de planta del FNA con quienes se pretendían igualar, ya que solo en el recurso de apelación, se allegó la dirección electrónica de la página web de la entidad, donde se observa la lista de salarios que son cancelados a cada uno de los cargos, siendo esto esencial para estudiar si nos encontramos frente a una diferenciación injustificada de salario por parte de un empleador, ante el ejercicio de funciones correspondientes a un cargo de mayor jerarquía y remuneración.

Así las cosas, considera esta Sala que no atendió la parte demandante su deber probatorio dentro del trámite del proceso con el fin de que se accediera a la nivelación en un cargo de planta dentro del FNA, así como el consecuente reajuste salarial y prestacional, no siendo el recurso de apelación la oportunidad procesal pertinente para incluir hechos de los cuales tenía conocimiento al momento de presentación del libelo demandatorio, lo que de permitirse, violaría el derecho a la defensa y contradicción de la entidad demandada, quien no podría controvertir los mismos en esta instancia, debiéndose entonces ABSOLVER a la misma de esta pretensión incoada en su contra, y por tanto REVOCAR parcialmente el numeral tercero de la sentencia apelada, en cuanto allí se incluyó que la vinculación ordenada al FNA se haría “en iguales y/o superiores condiciones a las que contaban con las EST, conforme al cargo compatible a su perfil laboral”.

II. BENEFICIOS CONVENCIONALES

Ahora bien, con respecto a los derechos de cuyo pago son acreedores los trabajadores demandantes, debe aclarar esta Sala que el Juez A quo, en el mencionado numeral tercero de su sentencia, estableció que gozarían

aquellos de “todas las prerrogativas legales y **extralegales** a que haya lugar”, entendiéndose por esto, que el operador judicial accedió al pago de los derechos convencionales que a modo general se solicitaron en la demanda, los cuales no fueron objeto de liquidación en la providencia atacada, por cuanto no fue aportada la convención colectiva de trabajo vigente en la entidad.

En ese orden de ideas, para efecto del reconocimiento de los beneficios convencionales es necesario allegar con la respectiva demanda, la fuente formal de donde emanan los derechos reclamados, que no es otra que la pertinente convención colectiva de trabajo suscrita en este caso por la entidad demandada -FONDO NACIONAL DEL AHORRO- y el Sindicato de Trabajadores en la forma prevista en el artículo 469 del CST, de tal suerte y en virtud a que en el sub-examine la activa omitió allegar la aludida convención, funge absolutamente ilegal, como lo hizo el A quo, acceder al pago de dichas prerrogativas de naturaleza extralegal, no quedando camino diferente para la Sala que ABSOLVER a la demandada del pago de los beneficios extralegales de naturaleza convencional a los cuales se hace alusión en el numeral TERCERO de la sentencia apelada.

III. PRESTACIONES Y PRERROGATIVAS DE NATURALEZA LEGAL DE LOS DEMANDANTES EN SU CALIDAD DE TRABAJADORES OFICIALES ADSCRITOS AL FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Como ya se indicó, y en virtud a la declaratoria de un contrato de trabajo realidad entre los demandantes y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, funge palmario que atendiendo las concretas actividades desempeñadas y la naturaleza de la entidad demandada como una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter Financiero del Orden Nacional (Ley 432 de 1.998), los demandantes ostentan la calidad de trabajadores oficiales y por ende son acreedores del régimen prestacional previsto para dichos servidores conforme a lo dispuesto en el Decreto Ley 1045 de 1.978, como lo son auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones.

En ese orden de ideas, esta Sala de decisión MODIFICARÁ el numeral TERCERO de la sentencia apelada en el sentido de ADVERTIR que las

prerrogativas “legales” de las cuales son beneficiarios los demandantes se contraen a las prestaciones contenidas en el Decreto 1045 de 1.978 aplicables a los trabajadores oficiales del Orden Nacional, que no fueron canceladas a los demandantes en transcurso de su relación laboral por parte del Fondo Nacional del Ahorro.

EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN

En virtud a la declaratoria de los contratos de trabajo entre los demandantes y la entidad demandada, es menester hacer pronunciamiento expreso con respecto **a la excepción de prescripción** propuesta por la pasiva, la cual no fue estudiada por el A quo, al considerar que “se está ordenando la vinculación de los trabajadores a la nómina del Fondo Nacional del Ahorro sin solución de continuidad”.

A folios 30 a 77 se allegan las reclamaciones administrativas presentadas por los demandantes ante el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, y teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 06 de octubre de 2016 (folio 335), se deberá declarar probada, de manera parcial, la excepción de prescripción de derechos de los trabajadores, con excepción del auxilio de cesantías, propuesta por la demandada, de la siguiente forma:

Trabajador	Fecha Reclamación	Folios	Prescripción
Gerardo Antonio Mora Ramírez	24/02/2016	70- 75	Derechos causados antes del 24/02/2013
Erika Yiceth Pérez Pérez	24/02/2016	62- 67	Derechos causados antes del 24/02/2013
Marla Yurey Mora Ortíz	02/03/2016	50- 55	NO
Jinareth Paola Serrano	24/02/2016	42- 49	NO
Sandra Patricia Ure Gómez	04/04/2016	56- 60	NO
Madelaine Yaneth Sánchez Suárez	24/02/2016	30-37	Derechos causados antes del 24/02/2013

MONTOS DEBIDO POR OPTIMIZAR

Alegan los demandantes que la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES les adeudan la liquidación de las prestaciones sociales del periodo en que fueron contratadas a través de esta para prestar servicios a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO; ante dicha pretensión, esta EST aceptó en su contestación a la demanda la ausencia de algunos de los pagos, debido a que los mismos están sujetos a las reglas del concurso, por expresa disposición del artículo 50.5 de la Ley 1116 de 2006, por lo que, las sumas serían canceladas dentro del proceso de liquidación judicial presentado el 09 de junio de 2017 ante el juez del concurso, en el orden de prelación legal y hasta la concurrencia de los activos.

Sin embargo, al haberse declarado aquí la existencia de contratos laborales entre los demandantes y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO será esta entidad la encargada de cancelar las sumas debidas a cada uno de los demandantes en los lapsos determinados, debiendo ser liquidadas teniendo en cuenta los beneficios legales a que tienen derecho conforme a lo dispuesto en el Decreto Ley 1045 de 1.978 ya relacionados , y pudiendo descontar de las mismas, los valores que ya hubieren sido cancelados por OPTIMIZAR respecto de dichos periodos durante la ejecución del contrato, debiéndose ADICIONAR la sentencia apelada, en este sentido.

INDEMNIZACIÓN FALTA DE PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES

Ahora bien, con relación a la indemnización consagrada en el artículo 65 CST solicitada en la demanda y en el recurso de apelación, debe aclararse que la misma no se encuentra contemplada para trabajadores oficiales, siendo procedente, sin embargo, su sanción equivalente establecida en el artículo 1 del decreto 797 de 1949, la cual, como ha reiterado la HCSJ no es de aplicación inmediata, debiéndose estudiar la conducta de la entidad, con el fin de determinar si su conducta, al haber omitido el pago de los salarios y prestaciones sociales al finalizar el contrato de trabajo, estuvo o no revestida de mala fe.

En punto a esta sanción se descarta de entrada su procedencia frente a los señores GERARDO ANTONIO MORA RAMÍREZ, ERIKA YICETH PÉREZ PÉREZ, SANDRA PATRICIA URE GÓMEZ, MARLA YURLEY MORA ORTIZ y JINARETH PAOLA SERRANO REDONDO, por cuanto según se indicó en el libelo demandatorio, sus contratos de trabajo se encontraban vigentes en el momento de presentación de la demanda, no habiéndose causado entonces esta indemnización, que exige, como requisito esencial, que los mismos se hubiesen extinguido, amén que dentro del plenario no se allegó prueba alguna que permita establecer la fecha de su terminación en transcurso del proceso.

Entonces, únicamente se estudiará si procede dicha sanción, a favor de la señora MADELAINE YANETH SANCHEZ SUAREZ cuyo contrato finalizó el 03 de diciembre de 2015 por parte de OPTIMIZAR SERVICIOS.

En este caso, tenemos que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO contrató a la señora SANCHEZ SUAREZ a través de diversas empresas de servicios temporales, como trabajadora en misión, afirmando que dicha figura se utilizó de manera legal, al no existir planta de personal en la ciudad de Cúcuta para cubrir las necesidades del servicio de la entidad; sin embargo, dicha intermediación se realizó, en el caso de la señora MADELAINE, desde febrero de 2011 y hasta diciembre de 2015, por lo que mal podría esta Sala determinar que la conducta del fondo se encontraba exenta de mala fe, al haberla empleado durante más de 4 años en un cargo que, sin lugar a dudas, era de carácter permanente dentro de la pasiva, y se encontraba relacionado con su objeto social principal; dejándose claro que si bien durante la relación sostenida las EST le cancelaron sus derechos laborales con base en el sueldo pactado, no fue así con la última de sus empleadoras, OPTIMIZAR, la cual en su contestación aceptó deber a la trabajadora, las cesantías causadas en el año 2015, por un valor de \$1.612.29, amén de adeudar las prestaciones de naturaleza legal en su calidad de trabajadora oficial tales como PRIMA DE NAVIDAD y PRIMA DE VACACIONES, reconocidas en esta instancia.

Así las cosas, se considera que es procedente la imposición de la indemnización contenida en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 a favor de la señora SANCHEZ SUAREZ y a cargo del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, por la falta de pago de las prestaciones sociales al momento de

finalizar su contrato de trabajo, debiéndole cancelar a la trabajadora la suma de \$58.333 diarios (teniendo en cuenta su último salario de \$1.750.000 aceptado por la empresa OPTIMIZAR en su contestación) desde el 04 de marzo de 2016 (90 días después de la terminación de su contrato) y hasta que se pague la totalidad de los montos debidos, por lo que será adicionada la sentencia apelada en este sentido.

SANCIÓN DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990- No existe para trabajadores oficiales, se absuelve; no existiendo tampoco obligación de pago de **intereses a las cesantías** en cabeza del empleador, por lo que no se encuentra contemplada sanción alguna por el no pago de aquellos, debiéndose absolver a la pasiva.

Con respecto a las pretensiones relacionadas con la terminación del contrato de trabajo de la señora MADELAINE YANETH SANDEZ SUAREZ, se tiene que esto no fue estudiado por el A quo y la parte demandante no mostró inconformidad al respecto en su recurso de apelación, por lo que, como se dijo previamente, carece esta Sala de competencia para estudiarlas, en virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTYSS, por lo que se absuelve a la parte demandada, no habiéndose apelado igualmente lo referente a la reliquidación de los aportes a la seguridad social integral.

Así mismo, el pago de horas extras, dominicales y festivos a que hizo referencia la parte activa en su recurso de apelación, no hizo parte de las pretensiones incluidas en la demanda, por lo que no es posible su estudio, debiéndose ABSOLVER a la pasiva de su pago.

APELACIÓN OPTIMIZAR

En punto a la apelación interpuesta por la empresa OPTIMIZAR, surge evidente que esta no tenía interés para recurrir, por cuanto en la sentencia atacada no se impone obligación o condena a su cargo, por lo que la misma no será estudiada.

Sin costas en esta instancia por cuanto fueron favorables para los apelantes los recursos presentados.

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia apelada en el sentido de DECLARAR la existencia de un CONTRATO DE TRABAJO entre los demandantes y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO los cuales se ejecutaron de la siguiente manera:

- **GERARDO ANTONIO MORA:** Desde el 16 de abril de 2013, el cual se mantenía vigente a la fecha de presentación de la demanda, sin que conste en el expediente la data de terminación del vínculo.
- **ERIKA YICETH PÉREZ PÉREZ:** Desde el 18 de julio de 2012, el cual se mantenía vigente a la fecha de presentación de la demanda, sin que conste en el expediente la data de terminación del vínculo.
- **MARLA YUREY MORA ORTÍZ:** Desde el 19 de mayo de 2016, el cual se mantenía vigente a la fecha de presentación de la demanda, sin que conste en el expediente la data de terminación del vínculo.
- **JINARETH PAOLA SERRANO:** Desde el 19 de mayo de 2016, el cual se mantenía vigente a la fecha de presentación de la demanda, sin que conste en el expediente la data de terminación del vínculo.
- **SANDRA PATRICIA URE GÓMEZ:** Desde el 01 de junio de 2016, el cual se mantenía vigente a la fecha de presentación de la demanda, sin que conste en el expediente la data de terminación del vínculo.
- **MADELAINE YANETH SÁNCHEZ SUÁREZ:** Desde el 07 de febrero de 2012 y hasta el 03 de diciembre de 2015.

SEGUNDO: REVOCAR la CONDENA establecida en el numeral tercero de la sentencia apelada, en cuanto allí se incluyó que la vinculación ordenada al FNA se haría “en iguales y/o superiores condiciones a las que contaban con las EST, conforme al cargo compatible a su perfil laboral” y en su lugar, **ABSOLVER** al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de las pretensiones relacionadas con la nivelación salarial y prestacional de los demandantes, conforme a lo advertido en precedencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia APELADA en el sentido que las prerrogativas “legales” de las cuales son beneficiarios los demandantes se contraen a las prestaciones contenidas en el Decreto 1045 de 1.978 aplicables a los trabajadores oficiales del Orden Nacional, que deberá cancelar el FONDO NACIONAL DEL AHORRO durante la vigencia de la relación laboral, son, auxilio de cesantía, intereses a las cesantías, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones y **ABSOLVER** a la demandada del pago de las beneficios extralegales de naturaleza convencional solicitados en la demanda.

CUARTO: DECLARAR probada, de manera parcial, la excepción de prescripción de los derechos de los trabajadores, a excepción del auxilio de cesantías, de la siguiente forma:

Trabajador	Prescripción
Gerardo Antonio Mora Ramírez	Derechos causados antes del 24/02/2013
Erika Yiceth Pérez Pérez	Derechos causados antes del 24/02/2013
Marla Yurey Mora Ortíz	NO
Jinareth Paola Serrano	NO
Sandra Patricia Ure Gómez	NO
Madelaine Yaneth Sánchez Suárez	Derechos causados antes del 24/02/2013

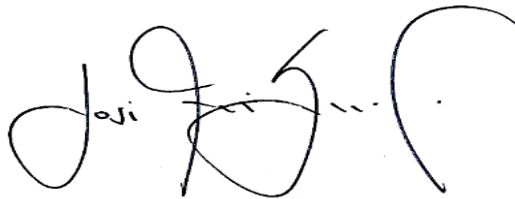
QUINTO: AUTORIZAR al FONDO NACIONAL DEL AHORRO descontar del pago de las prestaciones aquí reconocidas contenidas en el Decreto Ley 1045 de 1.978, los valores reconocidos por concepto de prestaciones sociales que ya hubieren sido cancelados por OPTIMIZAR respecto de dichos periodos.

SEXTO: CONDENAR al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago de la indemnización contenida en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 a favor de la señora SÀNCHEZ SUAREZ, por la falta de pago de las prestaciones sociales al momento de finalizar su contrato de trabajo, debiéndole cancelar a la trabajadora la suma de \$58.333 diarios (teniendo en cuenta su último salario de \$1.750.000 aceptado por la empresa OPTIMIZAR en su contestación) desde el 04 de marzo de 2016 (90 días después de la terminación de su contrato) y hasta que se pague la totalidad de los montos debidos.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia recurrida.

SÈPTIMO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 036, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de Marzo de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2018-00322-00
RADICADO INTERNO:	19.074
DEMANDANTE:	OLGA ANGÉLICA LÓPEZ LÓPEZ
DEMANDADO:	COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por OLGA ANGÉLICA LÓPEZ LÓPEZ, contra la COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2018-00322-00, y Radicación interna N° 19.074 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 24 de julio 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 OLGA ANGÉLICA LÓPEZ LÓPEZ, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S. para que se reconozca la existencia de un contrato de trabajo entre el 4 de noviembre de 2013 y el 27 de febrero de 2018, para que se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, dotación, vacaciones, subsidio familiar, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, sanción por no pago de intereses de cesantías, aportes a pensión y costas.

Como fundamento fáctico refiere, que la demandada aparece inscrita con Matricula Mercantil No. 250728 del 27 de agosto de 2013 y tiene como actividad principal la fabricación de formas básicas de plástico, siendo la sociedad propietaria de un establecimiento de comercio del mismo nombre. Que prestó servicios de forma personal como asesora comercial, promotora de ventas y haciendo entrega de productos, según se acredita con declaraciones extraproceso anexas y testigos citados, labor que desempeñó desde el 4 de noviembre de 2013 hasta el 27 de febrero de 2018 con total subordinación de su empleador y recibiendo como sueldo la suma de \$1.500.000 en cheques de Bancolombia. Que aporta como pruebas diferentes certificados de empresas donde entregaba productos como proveedora y que

dan fe de sus servicios. Que reportaba a la DIAN sus ingresos como honorarios profesionales y cotizaba a salud de su propio peculio. Que es madre de una menor de edad, nacida el 10 de noviembre de 1999 y no percibía el subsidio familiar, así como tampoco las cesantías, intereses a cesantías, primas y vacaciones.

La demandada COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S. contestó a los hechos que no era cierto lo expuesto pues la actora suscribió un contrato de corretaje, que se anexa, para ser intermediaria comercial de los productos elaborados por la empresa y este fue el que se ejecutó según sus características, gozando de total autonomía en la labor que realizaba fuera de las instalaciones de la empresa, y para facilitar su actividad podía usar papelería, uniformes y sistemas propios de la empresa; alega que la actora nunca elevó inconformidad alguna, que mantenía su propio local comercial para la realización de actividades de comercialización de otros productos diferentes a los de TECNOPACK, y el mismo TOMÁS MARTÍ le sirvió de fiador, agregando que también fue gerente de otra sociedad ELECOM TRADING S.A.S. Propone como excepciones de mérito la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADA.

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 24 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Condenando en costas a la demandante.

2.2. Fundamento de la decisión.

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

- Que el problema jurídico gira en torno a establecer la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y la empresa TECNOPACK S.A.S., para lo cual se discutirá sobre la modalidad de contratación y si hay lugar a acceder a las condenas prestacionales e indemnizatorias elevadas, teniendo en cuenta que la demandada alega que existió entre las partes un contrato de corretaje y no una relación laboral, por lo que no cumplía horarios, rendía cuentas o recibía órdenes.

- Procede a realizar un recuento pormenorizado de los diferentes documentos aportados con la demanda, destacando que existen reclamaciones al empleador, constancias de no conciliación, declaraciones extraproceso, certificados de terceros, fotografías y relación de productos; destaca de la contestación el certificado de existencia de la empresa ELECOM TRADING S.A.S. donde obra la demandante como gerente y representante legal, una constancia de contrato de prestación de servicios, un contrato de corretaje y uno de arrendamiento comercial.

- Destaca también las manifestaciones de los testigos BERTA LUCÍA RAMÍREZ, ÁLVARO ARGENIS RODRÍGUEZ, CARLOS JULIO RODRÍGUEZ y JENNY FRANCISCA MOLINA, quienes afirmaron que existían diferentes

relaciones comerciales, servicios y sociedades donde se desempeñaba la actora.

- Señaló que de los documentos y testigos aportados, está demostrado que la actora y la empresa Tecnopack tenían un contrato de corretaje, pero que a partir del 21 de enero de 2013 surgió otra relación de donde no se logra demostrar que se siguieran prestando servicios; confesando la demandante en su interrogatorio que la relación desde esa fecha fue diferente, pero sin demostrar la modalidad o clase. Además, también señaló que realizaba otras funciones que no eran asesora o vendedora sino inclusive representante legal, socia y hasta propietaria de una sociedad tanto en Colombia como en Venezuela para el mismo período de tiempo que alega.

- Indicó que esto daba a entender que no había exclusividad, lo que se desprende del contrato de corretaje y de donde se le daba la libertad a la actora para comercializar otros productos, tenía facultad para buscar clientes diferentes de Tecnopack e inclusive tenía su propia sociedad.

- Agrega que tampoco demostró la actora prueba sobre pagos recibidos de la demandada a título de salario, cumplimiento de horario, órdenes o directrices y en todo caso las cuentas de cobro aportadas corresponden al contrato que tenía con la empresa; no estando así demostrada la existencia de una relación laboral luego del 21 de enero de 2013 por no evidenciarse los elementos esenciales del contrato y sí que la actora ejercía diferentes actividades en otras sociedades.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandante

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

- Que la prestación de servicios de la actora en otras actividades no desnaturaliza ni significa que no existió un contrato de trabajo con la demandada; pues inclusive de la lectura del contrato de corretaje se puede desprender subordinación en las cláusulas 1, 6, 7 y 12 donde se generan unas obligaciones que no son propias de un servicio independiente y por el contrario pertenecen a un empleado.

- Que a la actora se le imponían los precios por parte de la demandada, no siendo una actuación que se daría de poder prestar un servicio por cuenta y riesgo propio. Así mismo, las facturas se expedían por parte de Tecnopack y de la declaración de la señora BERTA RAMÍREZ, única conocedora directa de la relación laboral porque fungía como administradora en la empresa, indicó que hubo prestación de servicios directa y debe valorarse adecuadamente.

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:** El apoderado de la empresa demandada solicitó se confirme la sentencia de primera instancia que resolvió absolverle de las pretensiones en su contra, dado que está evidenciada la inexistencia del vínculo contractual que refiere la demandante, tanto documentalmente como por la confesión contenida en interrogatorio de parte, donde se admite un vínculo de razones comerciales. Señala que la actora mantenía un establecimiento de comercio donde ofrecía variedad de productos y era de manera adicional que comercializaba productos de TECNOPACK, los que eran parte de su negocio propio sin exclusividad de marcas.

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:

¿Se encuentra debidamente acreditada la existencia del contrato de trabajo entre la señora OLGA ANGÉLICA LÓPEZ LÓPEZ como trabajadora y La Empresa COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S., como empleadora, y si por ende da lugar a imponer las condenas prestacionales e indemnizatorias correspondientes?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar si entre la demandante OLGA ANGÉLICA LÓPEZ LÓPEZ y la empresa demandada COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S., existió un contrato de trabajo entre el 4 de noviembre de 2013 hasta el 27 de febrero de 2018, y si en su alegada condición de empleador el demandado tiene la obligación de reconocer los derechos prestacionales e indemnizatorios reclamados en la demanda.

El juez *a quo* analizando los documentos y testigos asomados al plenario, indicó, que los servicios prestados por la actora a la demandada se hicieron en virtud de un contrato de corretaje y posteriormente bajo otra modalidad de contratación no definida, sin que se demostrara por la parte demandante la sujeción exclusiva al demandado, mientras que este sí evidenció que ella se desempeñaba en múltiples ocupaciones paralelas, por su autonomía e independencia; conclusión a la que se opone el apelante, al estimar que existe un contrato de trabajo por las condiciones en que se desempeñó la parte actora, que se evidencia de la lectura del mismo contrato de corretaje y de lo expuesto por la testigo BERTA RAMÍREZ.

En términos del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo, contrato de trabajo es aquél por el cual, una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Ante

ello, acorde al artículo 23 (*ibidem*), para que se predique su existencia debe existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, bajo la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario.

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

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

De lo anterior, se extrae, que probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume y compete ejercer plena actividad probatoria a la parte demandada que excepciona la inexistencia del contrato de trabajo; complementando esta teoría, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-20683 de 6 de diciembre de 2017, radicación No. 56.313, en lo referente al principio de la primacía de la realidad y la presunción del artículo 24 del Código sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, reitera lo ya expuesto y concreta que quien se abroga la calidad de trabajador debe demostrar al menos dos aspectos: la prestación personal del servicio y los extremos temporales en que afirma haberlo desarrollado, con los elementos de juicio suficientes para convencer al Juez y al tiempo permitir que el demandado tenga información suficiente para ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción, siendo a partir de estas reglas que el juez debe aplicar las respectivas consecuencias jurídicas a la parte que omite su deber procesal.

Es importante señalar, que la teoría general de la carga de la prueba establece, que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al determinar que “...*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: “...*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho*”. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: “(...) *El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo*”. Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que:

“...El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes (...).”

Esto, en consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta tanto con probar la prestación o la actividad personal como el período en que ejecutó la actividad, para que se presuma el contrato de trabajo y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario.

Ahora bien, con el fin de resolver el problema jurídico antes expuesto, la Sala observa que dentro del expediente obran como pruebas las siguientes:

- Reclamación de fecha 23 de julio de 2018 dirigido al señor JOSÉ TOMÁS MARTÍ, para reclamar por prestaciones laborales causadas de noviembre de 2013 a febrero de 2018, con guía de entrega de Servientrega.
- Constancia de no acuerdo expedida por el Ministerio del Trabajo el 16 de julio de 2018.
- Certificado de existencia y representación legal de COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S., creada en agosto 27 de 2013, cuyo representante legal es TOMÁS JOSÉ MARTÍ GUIZO y certificado de matrícula mercantil de COMERCIALIZADORA TECNOPACK, propiedad de la sociedad.
- Declaración extra proceso rendida por BERTHA LUCÍA RAMÍREZ quien manifestó conocer a la actora y constarle su relación laboral con TOMÁS JOSÉ MARTÍ, propietario de la empresa COMERCIALIZADORA TECNOPACK ya que ella laboraba en la parte administrativa y pudo conocer que cumplía horario, presentaba informes, visitaba clientes y participaba en reuniones de gerencia.
- Declaración extra proceso rendida por MARIA ELENA RODRÍGUEZ quien manifestó conocer a la actora porque le vendía materiales a su empleador, COMERCIALIZADORA TECNOPACK y era ella quien le recibía.
- Solicitud de certificación de pagos efectuados con cheques entregado a BANCOLOMBIA el 10 de septiembre de 2018.
- Certificado suscrito por ADRIÁN LEAL, director administrativo de PRODUCTOS THERMAN, quien afirma que la señora OLGA LÓPEZ se desempeñó como proveedora de insumos plásticos, como termoencogible, expedido el 12 de septiembre de 2018.

- Certificado suscrito por MÓNICA MERCEDES CRUZ, jefe de compras de PASTEURIZADORA LA MEJOR quien certifica que OLGA LÓPEZ prestó servicios de asesora comercial a través de COMERCIALIZADORA TECNOPACK entre 2013 y 2017, expedido el 12 de septiembre de 2018.
- Certificado expedido por NELSON CAMARGO LOZANO, ingeniero de producción de MasPeg, quien hace constar que OLGA LÓPEZ los atendió por 2 años cuando era directora comercial en comercializadora TECNOPACK, expedido el 13 de septiembre de 2018.
- Reporte de información reportada por terceros a la DIAN donde consta que OLGA ANGÉLICA LÓPEZ reportó ingresos por honorarios a nombre de TECNOPACK S.A.S. por \$27.056.860 por el año 2017.
- Correo electrónico del 9 de junio de 2017, dirigido por OLGA ANGÉLICA LÓPEZ como “administradora de cuenta” de COMERCIALIZADORA TECNOPACK a “Coordinadora de compras, Tomás Marti, Auxiliar de compra – Karen Sánchez”, donde señala inconvenientes y demoras en los despachos de pedidos.
- Diferentes documentos de cotizaciones para productos suscritos por OLGA LÓPEZ con papelería de COMERCIALIZADORA TECNOPACK, de fechas 19 de julio de 2016, 27 de enero de 2017, 11 de agosto de 2017, 4 de julio de 2017.
- Listado de productos, pero en un documento sin firma, título o con rastro de identidad que permita establecer autoría o autenticidad, vistos entre folios 35 a 61.
- Registro civil de nacimiento de LISSET CAROLINA ROJAS LÓPEZ, nacida el 10 de noviembre de 1999, hija de la demandante.
- Constancia del Seminario Menor Diocesano de que la menor cursa el décimo grado, expedida el 10 de febrero de 2017.
- Certificado de existencia y representación legal de ELECOM TRADING S.A.S., creada el 2 de diciembre de 2016, representada por OLGA ANGÉLICA LÓPEZ LÓPEZ desde su registro y propietaria de un establecimiento de comercio del mismo nombre ubicado en el Galpón J-1 Entrada 4 de Cenabastos.
- Constancia suscrita por TOMÁS JOSÉ MARTÍ el 26 de agosto de 2015, como representante legal de TECNOPACK S.A.S., haciendo constar que OLGA ANGELICA LÓPEZ presta servicios como representante de ventas desde el 1 de noviembre de 2013 con contrato de prestación de servicios por ingresos de \$2.700.000 mensuales.
- Constancia suscrita por TOMÁS JOSÉ MARTÍ el 30 de junio de 2015, como representante legal de TECNOPACK S.A.S., haciendo constar que OLGA ANGELICA LÓPEZ presta servicios como representante de ventas desde el 1 de noviembre de 2013.
- Contrato de arrendamiento para local comercial suscrito entre UNIDAD DE SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.S. como arrendador y ELECOM

TRADING S.A.S. como arrendatario, para el Galpón J-1 Entrada 4 de Cenabastos desde el 8 de agosto de 2017 hasta el 7 de febrero de 2018, firmando como deudores solidarios MARÍA ESTELLA LÓPEZ y TOMÁS JOSÉ MARTÍ GUIZO.

- Contrato de corretaje comercial, suscrito entre COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S. y OLGA ANGÉLICA LÓPEZ, de fecha 1 de noviembre de 2013; allí se pactó que la actora actuaría como intermediaria comercial, al poner en relación a compradores de empaques de material plástico impreso para pollos y/o de empaques de material plástico de todo tipo de productos sólidos y líquidos; como remuneración pacta una base de \$1.000.000, rodamiento de \$100.000 y comisión del 2% por un término de 3 años prorrogables por escrito antes del vencimiento. Consta también un acuerdo de no exclusividad para prestar servicios de corretaje a terceros de productos que no sean de la misma especie, se especifican las obligaciones de cada parte, una cláusula de exclusión de relación laboral, modos de terminación, cláusula compromisoria y otras relacionadas.
- Testimonio rendido por BERTHA LUCÍA RAMÍREZ HERNÁNDEZ quien manifestó conocer a la actora desde el año 2012 como la novia de un amigo personal, quien la identificó como excelente vendedora y entonces trabajaba en Movistar, por lo que ella y el señor MARTÍ decidieron proponerle que trabajara en el área de ventas. Sobre la empresa demandada, señala que desde el 2010 fue contratada en TECNOPACK desde 2010 a 2017 mediante contrato a término indefinido como gerente de producción. Explicó, que al contratarla hablaron sobre la gestión de ventas y se firmó inicialmente un contrato de corretaje, pero este fue cancelado en diciembre de 2012 por problemas en la compañía y luego el 21 de enero durante una celebración de cumpleaños en su casa se volvieron a encontrar, allí en su presencia hablaron y TOMÁS MARTÍ decidió volverla a contratar en la parte comercial pero no supo bajo que modalidad de contrato, para laborar el lunes siguiente. Que el señor TOMÁS era muy exigente con los horarios, reportes de ventas y de visitas, estaba pendiente de todo en la parte comercial e incluso le entregó un uniforme, agregando que aunque inicialmente se le permitía manejar otros clientes con el tiempo tuvo que dedicarle más tiempo a TECNOPACK por necesidades de la empresa y que la actora organizaba su agenda de clientes. Que no conoce sobre el pago de seguridad social, pero tenía entendido que se lo devolvían y tampoco tiene clara la fecha en que finalizó el vínculo pues ella salió en diciembre de 2017. Sobre la remuneración sabía que en total recibía la suma de Millón y medio, pero no conoce cuanto era el básico y las comisiones. Indicó también que aunque la actora tenía otros clientes, fueron recomendados por el señor Tomás y este también decidió sobre los uniformes; agregó que si bien la actora montó su propia empresa para venta de arroz, esto fue casi al final de su relación laboral y en todo el tiempo ella laboró permanentemente con Tecnopack, ayudando a subir las ventas y la empresa decayó por problemas de producción. Sobre el local comercial, explica que cuando bajaron las ventas ella vio la oportunidad de montar ese negocio para mejorar sus ingresos y el señor Tomás le sirvió de fiador. Acepta que es socia de la demandante en unos negocios tanto en Colombia como en Venezuela, donde desarrollan actividades de comercialización y que inclusive el señor Tomás les ayudó en su conformación.

- Testimonio rendido por ALVARO ARGENIS RODRIGUEZ quien expresó que representa a PLASTIROCK SAS a finales de 2015 tenía un material importado de polietileno, el cual pidió guardar al señor Tomás porque sus empresas tienen relaciones de vieja data y luego de una alianza comercial comenzó a entenderse y tratar con la señora Olga, vendedora de la empresa Tecnopack. Explicó que de ese material se dispuso tanto por parte de Tomás como de él y su hijo, siendo la demandante quien vendía los resultantes de su producto. Expresa que percibió como la señora OLGA laboraba como vendedora para la empresa, tanto de las materias primas como del producto, pero no tiene conocimiento de fondo sobre las características del contrato y sobre la demandada conoce que ellos comercializaban productos de empaque, de una modalidad diferente a los de su propia empresa. No tiene conocimiento de otras actividades de la demandante, solo da fe de que era ella quien la atendía y recibía para negocios de la empresa, cuando no podía el señor Tomás.
- Interrogatorio de parte absuelto por OLGA ANGÉLICA LÓPEZ, quien aceptó que suscribió un contrato de corretaje que solo estuvo vigente entre octubre y diciembre del año 2012 pues en correo electrónico le manifestó que no le servía laborar con alguien si no estaba presente todo el tiempo, pero en enero del año siguiente le ofrece trabajo nuevamente con unas condiciones diferentes. Sobre la comercialización de otros productos, señaló que inicialmente solo trabajaba con productos de Tecnopack, pero en los últimos 2 años por los pagos incompletos de comisiones y con permiso del señor Tomás, en horario diferente al de su trabajo, también comenzó a ejercer otras actividades de ventas. Respecto del local comercial, indica que en 2017 tuvo que iniciar una sociedad para responder por sus actividades y que incluso Tomás le sirvió como fiador. Sobre su relación con la señora Berta, indica que en Venezuela son socias comerciales.
- Testimonio rendido por CARLOS JULIO RODRÍGUEZ quien relató que conoce a la demandante desde julio de 2017, porque necesitaba una asesoría para una empresa que ella gerenciaba ya que tenían una deuda con un socio que necesitaban liquidar y resolver, por lo que la asesoró durante una semana sobre las actividades de esa empresa y le comentó que también prestaba servicios con TECNOPACK. Que posteriormente también les prestó servicios con un estudio de factibilidad para un negocio de empaquetar granos y arroz, conociendo los locales donde atendían sus clientes. A través de la actora conoció al señor Tomás como socio y director de TECNOPACK y también comenzó a prestar sus servicios desde septiembre de 2017 a mayo de 2018, por lo que supo que la relación con la actora finalizó para enero de 2018 ya que tenía acceso al movimiento de personal de esa empresa. Sobre la relación entre las partes, identificó que la empresa tenía una estructura de ventas que estaba en cabeza de Olga Angélica que se gestaba por prestación de servicios y le pagaban al comienzo de cada mes. Que pudo percibir la expedición de recibos a la actora para cumplir con las exigencias tributarias. Agrega que la actora y su familia tenían diferentes negocios de comercialización con otros proveedores, y que posterior a su salida de la empresa conformó una sociedad con la señora Berta. Indica que en los meses que revisó la empresa

TECNOPACK, la actora iba algunos días en horas de la mañana pero no necesariamente atendía sus funciones pues también se encargaba de sus negocios. Sobre el pago de la señora OLGA explica que se le pagaba por transferencias o cheques cuando presentaba su cuenta de cobro y que en su percepción el señor TOMÁS estaba sujeto a muchas condiciones que imponía OLGA, pues ella incluso le proveía uniformes o los elementos para cualquier evento, producto de sus otras actividades.

- Testimonio rendido por JENNY FRANCISCA MOLINA CÁRDENA quien expresó que labora en contabilidad de la empresa TECNOPACK, donde trabaja hace 6 años y que la actora llegó hace más o menos 4 o 5 años; que entre sus labores está la nómina, manejo de adquisiciones y de los dineros. Sobre la relación de la actora indica que empezó como vendedora, no cumplía horarios como ella ya que manejaba su propio tiempo, los clientes llamaban a cotizar y ella le entregaba los datos para devolver el contacto. Respecto de los pagos, se le cancelaban honorarios según cuentas de cobro y comisiones, por medio de cheque o transferencia. Que ella pagaba como independiente la seguridad social. Indica que hasta el primer mes de 2018 se extendió la relación pero que no se le pagaron prestaciones porque en su entendimiento no era empleada. No conoce de relación directa entre Berta y Olga, lo que supo era que la actora sí había montado una empresa de arroz. Indica que también la actora comercializaba otros productos como medicamentos, galletas y una vez les ofreció las anquetas navideñas, y una prima también ofrecía los uniformes a través de ella. No tenía conocimiento que para ausentarse a hacer sus actividades personales, tuviera que pedir permiso y tampoco que alguien la reemplazara.

Conforme a esta relación probatoria, y reiterando la Sala, que para la existencia de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., el actor debió acreditar la prestación personal del servicio, para de esa forma trasladar a la demandada la carga de la prueba de probar que no existió subordinación; al respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación n.º 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que:

“no están sometidos a la tarifa legal, como quiera que atendiendo los mandatos previstos en el artículo. 61 del CPTSS, ostentan la facultad legal de apreciar libremente los medios de prueba y así formar de manera libre su convencimiento, atendiendo, eso sí, el principio de la sana crítica, lo que conlleva a que sus conclusiones, mientras no sean descabelladas, queden amparadas por la presunción de legalidad y acierto (...) las decisiones se deben fundamentar en los elementos probatorios que le merezcan mayor persuasión y credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico”

En primera medida, debe señalarse que no se concuerda con el análisis probatorio ejecutado por el juez de primera instancia, en donde analizó los

documentos aportados para establecer si de ellos se derivaba la existencia de actos de subordinación, partiendo de que quien debía probar este elemento era la parte demandante, dando plena validez al clausulado del contrato de corretaje sin entrar a valorar su ejecución para verificar si este no sirvió de excusa para desconocer derechos laborales.

Es decir, encuentra la Sala, que el juez *a quo*, incurrió en una indebida adecuación de la carga probatoria y omitió la prerrogativa de presunción a favor del trabajador, de que trata el artículo 24 del C.S.T., pues conforme se ha expuesto anterior y recientemente ha recordado por la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL5007 de 2018, Rad. 62.168 y M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, que una vez demostrada plenamente la actividad personal del trabajador a favor de la parte empleadora, no es necesaria la acreditación de la subordinación pues en dicho evento aplica a su favor, la presunción legal y es al demandado, a quien le corresponde demostrar que el servicio no se prestó bajo un régimen laboral, con los medios de convicción suficientes para acreditar la autonomía o independencia de la labor desarrollada, pues ante la inexistencia de prueba de la remuneración, se presume que correspondió al salario mínimo a menos que exista prueba en contrario.

En ese sentido, de las pruebas documentales y testimoniales reseñadas está suficientemente demostrada la existencia de prestación personal del servicio de la señora OLGA LÓPEZ a la empresa COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S., entre noviembre de 2013 y al menos hasta el primer mes del año 2018, por el cual la actora desarrolló labores de asesora de ventas de los productos de la empresa y lo que está por discutir es si realmente el mismo se gestó por medio de un contrato de corretaje.

Como primera medida, se advierte que el *a quo* señaló que la actora había confesado en su interrogatorio de parte tanto la suscripción de un contrato de corretaje como que ejercía labores en otras empresas y a cuenta propia, de lo que desprendía autonomía e independencia; sin embargo, revisadas sus manifestaciones, se advierte que las mismas tenían aclaraciones y explicaciones que fueron omitidas por el *a quo*.

Al respecto, el artículo 196 del C.G.P. señala que “*La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe*”; y cuando la actora aceptó haber suscrito un contrato de corretaje aclaró que lo hizo en octubre de 2012 y que el mismo se terminó en diciembre de 2012, agregando que desde enero de 2013 la vinculación dada fue de carácter verbal. Así mismo, la actora explicó que las actividades de comercialización diferentes a las demandadas las hacía en horario diferente del que ejecutaba sus ventas para TECNOPACK y solo las empezó a finales de 2016 cuando empezaron a incumplirle en el pago de comisiones. De esta manera, las manifestaciones que el *a quo* adoptó como confesadas en contra de las pretensiones de la actora, estaban condicionadas a aclaraciones y por ende no están llamadas a generar los efectos de plena prueba de confesión en los términos del artículo 191 del C.G.P, al no producir consecuencias jurídicas adversas al confesante tras una lectura íntegra de lo manifestado.

Ahora bien, se encuentra que existen inconsistencias entre lo declarado por la actora y el respaldo documental anexo; pues mientras ella afirma haber suscrito el contrato de corretaje en octubre de 2012, el aportado con la contestación es de noviembre de 2013. Por otra parte, también existen

inconsistencias en los documentos aportados con la contestación, pues además del contrato de corretaje se anexan dos certificados laborales suscritos por el representante legal de la demandada, indicando en uno que la actora laboraba para la empresa sin condicionamientos o aclaraciones y en otro que lo hacía mediante contrato de prestación de servicios, por un valor superior al del contrato de corretaje.

Cabe recordar que el criterio jurisprudencial sobre los certificados laborales, sentado desde sentencia del 8 de marzo de 1996 en rad. 8.360 y reiterado en SL4652 de 2020, es:

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

En esa medida, la contradicción en los documentos expedidos por el empleador es una situación que afecta el resultado de su deber probatorio, pues aplicada la presunción es él quien debe demostrar con toda certeza que lo ejecutado por el actor no era una relación laboral; de manera que, el haber aportado certificados laborales que no hacen referencia alguna al contrato de corretaje, da visos de credibilidad a lo expuesto por la actora sobre que inicialmente hubo un vínculo comercial pero luego se pactó otro diferente, aunque no coincidan las fechas, pues la carga de la prueba compete al demandado.

Respecto de la naturaleza del contrato de corretaje y cómo debe analizarse para verificar si sirvió para encubrir la relación laboral, se advierte que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4632 de 2020 resumió que: *“el objeto de un contrato de corretaje, regulado en la legislación mercantil, se debe restringir a poner en contacto la oferta con la demanda, por eso como lo mencionó esta Corporación en providencia CSJ SL2555-2015 «la condición de intermediario supone que una vez que el corredor pone en contacto a las personas que habrán de celebrar el negocio, termina su labor, pues no presta su concurso, su colaboración, ni ninguna gestión en el desarrollo del mismo», lo que no ocurrió en este evento”*. En esta misma providencia, refiere que deben seguirse los parámetros de la Sala de Casación Civil, en sentencia 11001-3103-013-2001-00900-01 de 9 de febrero de 2011, sobre los rasgos de ese contrato y destaca:

“la actividad de dicho intermediario se reduce, exclusivamente, a facilitar el encuentro de dos o más sujetos que tienen la voluntad de contratar; esto viene a indicar que en desarrollo de

tal labor el corredor obra como un puente conductor o, si se quiere, como un vaso comunicante entre quien tiene la intención de ofrecer un bien o prestar un servicio, y aquél que desea hacerse a él. (...) no se puede cargar al corredor con obligaciones ajenas al contacto, como la de mantenerse en vigilia para la realización efectiva del mismo, pues su función es puramente genética (...) Limita su intervención a poner en contacto dos contratantes para facilitar sus negociaciones (...) su tarea queda reducida a descubrir los contratantes para ponerlos en relación directa en orden al perfeccionamiento del negocio (...) limita su actuación a las tareas preparatorias para aproximar a los interesados, comunicando las ofertas y contraofertas y allanando las diferencias entre ellos, de tal suerte que al llegar los contratantes a un acuerdo sobre las condiciones del negocio, el corredor desaparece de las escena”

Siguiendo estos lineamientos, las pruebas reseñadas permiten establecer que el citado contrato de corretaje nunca se cumplió como era debido, pues la labor que ejerció permanentemente la señora LÓPEZ, no se limitaba a contactar clientes con la empresa y ejercer tareas preparatorias; sino que, conforme al relato de los testigos, era ella quien ejecutaba todo el proceso de venta: cotizaba, facturaba, cobraba y reportaba las ventas a TECNOPACK, cobrando inclusive sus comisiones sobre lo facturado como explicó la señora MOLINA CÁRDENAS.

Del relato de la señora BERTA RAMÍREZ, se evidencia que la labor desplegada por la actora desde un principio fue bastante satisfactoria para la empresa pues logró contratos y ventas con múltiples clientes, mejorando las ventas de manera tal que incluso posteriormente los problemas se dieron porque la producción no fue capaz de cumplir con la demanda. El señor ÁLVARO ARGENIS también coincidió en que las ventas eran atendidas personalmente por la actora, no limitándose a la mera oferta o contacto con el demandado, en lo que coinciden los dos testigos de la contraparte: CARLOS RODRÍGUEZ quien conoció a la actora al final de su actividad y afirmó que al revisar los pagos a la actora en sus auditorías, evidenció que se hacían sobre las ventas finales, lo que corrobora la contadora JENNY MOLINA.

Todo esto queda ratificado en los documentos emanados de terceros, empresas PRODUCTOS THERMAN, PASTEURIZADORA LA MEJOR y MASPEG, quienes indican que la labor de la actora era comercializar los productos de TECNOPACK y no solamente fungir como intermediaria o corredora, elementos que no fueron tachados de falsedad o desconocidos por el demandado.

Por lo anterior, es claro que si bien se suscribió un contrato de corretaje donde la actora solo se comprometía a realizar el papel de intermediaria y de poner en relación a los compradores, en la realidad se evidencia que esto no se ajustó al ejecutarse pues las actividades desplegadas traspasaban la mera intermediación y llegaban hasta la consolidación final de la venta, signo indiscutible de que el documento firmado se quedó en el papel y la realidad material era la constante prestación de servicios personales, que da lugar a mantener la presunción en favor del demandante.

No siendo de recibo la mera suscripción del contrato de corretaje para desvirtuar la subordinación, por lo que correspondía entonces, al demandado generar elementos de convicción suficientes para evidenciar

autonomía e independencia en las labores; sin embargo, lo máximo que se deriva de los testigos es que la actora no cumplía horario, pero esto tiene su razón en que la labor desplegada de búsqueda de clientes era externa a las oficinas y aun así, todos coinciden en que asistía a las mismas permanentemente.

Así mismo, el argumento del demandado sobre las múltiples labores propias o con otras empresas que desempeñaba la actora no está llamado a enervar la subordinación, dado que el artículo 26 del C.S.T. expresa que “*Un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más {empleadores}, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo*”; al no demostrar pacto de exclusividad, se evidencia que los testigos refieren que la actora como vendedora también solía ofrecer otros productos incluso a la misma TECNOPACK, que usualmente estos eran de empresas de familiares y que montó su propia comercializadora, pero esto solo se dio para finales de 2016, sin que demostrar el referido pacto de exclusividad y siendo los testigos ligeros al enunciar que una o dos veces vieron a la actora ofrecer productos propios en las instalaciones de la empresa, aclarando que era porque su local era una bodega sin oficina y que creían contaba con la autorización del señor MARTÍ.

Se debe tener en cuenta, que toda decisión judicial debe estar debidamente fundada a través de la inescindible relación entre los elementos fácticos con el material probatorio que genere la suficiente persuasión de credibilidad para que se configuren y resulten aplicables los presupuestos normativos que persiguen las partes. De manera que, probada la prestación del servicio, a la demandada le correspondía acreditar más allá de sus propias manifestaciones que la demostrada prestación personal del servicio se hizo bajo total autonomía e independencia derivada de un contrato de corretaje para desmontar la presunción legal de subordinación, pero esta versión no concuerda con la realidad que se deriva de la desnaturalización del contrato de corretaje y la versión de los testigos, que da cuenta que una actividad permanente de comercialización directa de los productos del demandado.

Teniendo en cuenta así que era a la parte demandada a la que le correspondía demostrar con los medios de convicción suficientes, que la relación que mantenía con el señor ALFREDO MEDINA RÍOS, no era la de empleador-trabajador, y ésta no ejerció adecuadamente su deber probatorio de demostrar más allá de cualquier duda que el servicio prestado a favor del establecimiento de comercio de su propiedad estuviera regido por una vinculación no laboral, se debe revocar lo resuelto en primera instancia y en su lugar proceder con la declaración de existencia de contrato realidad entre las partes.

Ahora bien, refieren las sentencias de la Sala de Casación Laboral, que para lograr el éxito de sus pretensiones el trabajador debe acreditar, además los extremos temporales en que pudo haberse desarrollado la relación para acceder a las condenas respectivas, debido a que a los funcionarios judiciales les está vedado hacer suposiciones; no obstante, en sentencias como la SL5186 del 28 de noviembre de 2018 (Rad. 62.644 y M.P. JIMENA GODOY) también ha venido reiterando la Corte que los jueces en su papel de garantes de los derechos laborales, “(...) *deben procurar esclarecer los extremos temporales de la relación laboral cuando se tenga certeza sobre la prestación de un servicio en un lapso determinado, para de esa manera calcular y hacer efectivos los derechos laborales que le correspondan al trabajador*

demandante” y reitera que, desde sentencia del 22 de marzo de 2006, rad. 25.580, se determina que aunque no esté precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, podría ser establecida en forma aproximada el lapso “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”.

Bajo este marco jurisprudencial, esta Sala resalta que el período solicitado en la demanda es del 4 de noviembre de 2013 al 27 de febrero de 2018; el contrato de corretaje suscrito el 1 de noviembre de 2013 permite corroborar que allí inició la prestación de servicios, pese a versiones que señalan que lo fue incluso desde el año 2012, lo que no puede ser declarado en función del principio de congruencia y dado que en segunda instancia el Juzgador no tiene facultades extra y ultra petita, para conceder más allá de lo solicitado en la demanda, por lo que como inicial se tendrá lo solicitado. Respecto del final del contrato, no existe un documento que permita identificar con exactitud la fecha de terminación, siendo los testigos de la demandada quienes coinciden en apuntar la finalización en el mes de enero de 2018, pero al no señalar día se debe inferir que al menos prestó funciones durante 1 día de ese año.

Finalmente, encuentra la Sala que en cuanto a salario devengado, en la demanda se afirma que los ingresos promediaban la suma de \$1.500.000 sumando básico y comisiones; ahora bien, en el plenario se evidencia por un lado que el contrato de corretaje pactó \$1.100.000 más comisiones, las cuáles no se prueban en valor y cantidad, pero se evidencia que el certificado visto a folio 92 afirma que los ingresos mensuales de la actora desde noviembre de 2013 ascienden a \$2.700.000 y conforme a la citada SL4652 de 2020, el contenido de todo certificado del empleador se debe dar por cierto a menos que él mismo allegue prueba concreta de lo contrario. Sería del caso entonces adoptar este valor, sino fuera porque es superior al solicitado en la demanda y en virtud del citado principio de congruencia y de la referida prohibición del Juzgador en segunda instancia para decisiones *extra y ultra petita*, se deberá tener el solicitado en la demanda para toda la relación laboral al no demostrar el empleador la falta de veracidad de su certificado.

En ese orden de ideas, se procederá a declarar la existencia de un contrato de trabajo realidad suscitado entre la señora OLGA ANGÉLICA LÓPEZ LÓPEZ como trabajador y la empresa COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S., entre el 4 de noviembre de 2013 y el 1 de enero de 2018, con salario de \$1.500.000.

Procede así la Sala a analizar las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el demandado afirma no haber cancelado ninguna prestación laboral por considerar que nunca tuvo esa obligación y así mismo, se advierte que en la contestación se propuso excepción de prescripción, existiendo una reclamación de fecha 27 de julio de 2018 que fue remitida por correo y no fue desconocida por el empleador, lo que interrumpió el término para comenzar nuevamente su conteo; posteriormente fue presentada la demanda el 25 de septiembre de 2018 y notificada el 20 de noviembre de 2018, por lo que la misma interrumpió el término prescriptivo que será evaluado por separado para cada prestación.

1. Cesantías

Como las cesantías se causan con la finalización del nexo contractual y es este el punto de partida para comenzar a realizar el conteo de la prescripción, en este caso se advierte que están afectadas por la prescripción las cesantías se causaron con la finalización del nexo laboral el 6 de marzo de 2013 y no transcurrieron 3 años hasta la presentación de la demanda para que prescribiera el derecho.

En consecuencia, se condenará al demandado COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S. al pago de las cesantías a favor de la demandante por el período del 4 de noviembre de 2013 y el 1 de enero de 2018 que liquidados ascienden a \$6.241.667, según la siguiente tabla:

Período	Días	Salario	Cesantías
2013	57	\$1.500.000	\$237.500
2014	360	\$1.500.000	\$1.500.000
2015	360	\$1.500.000	\$1.500.000
2016	360	\$1.500.000	\$1.500.000
2017	360	\$1.500.000	\$1.500.000
2018	1	\$1.500.000	\$4.167
			\$6.241.667

2. Intereses a las cesantías

Sobre los intereses a las cesantías, hay que decir que, conforme el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, éstos deben pagarse en enero del año siguiente a aquel en que se causaron, o en la fecha del retiro del trabajador, o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produce antes del 31 de diciembre del respectivo período anual. De ahí que su liquidación sea independiente de las cesantías de que trata el artículo 249 del CST y se contabilice según su causación anual, conforme ha entendido la Sala de Casación Laboral en providencias como SL7915 de 2015.

En ese sentido, están afectadas por prescripción los intereses sobre cesantías causados antes del 27 de julio de 2015 y solo permanecen exigible los causados el 31 de enero de 2016 por las cesantías de 2015 en adelante, liquidados en total de \$540.001,39 según la siguiente tabla

Año	Días	Salario	Cesantía	Intereses
2015	360	\$ 1.500.000	\$ 1.500.000	\$ 180.000,00
2016	360	\$ 1.500.000	\$ 1.500.000	\$ 180.000,00
2017	360	\$ 1.500.000	\$ 1.500.000	\$ 180.000,00
2018	1	\$ 1.500.000	\$ 4.167	\$ 1,39
				\$ 540.001,39

3. Prima de servicios

De conformidad con el artículo 306 del C.S.T., el empleador está obligado a pagar a su empleado o empleados, la prestación social denominada prima de servicios que corresponderá a 30 días de salario por año, el cual se reconocerá en dos pagos, así: la mitad máximo el 30 de junio y la otra mitad a más tardar los primeros veinte días de diciembre; de lo que se desprende que la mitad de la prima tiene fecha de exigibilidad el 1 de julio de cada año y la segunda el

21 de diciembre; de manera que para el presente caso las primas de servicios causadas con anterioridad al 27 de julio de 2015 están prescritas.

En consecuencia, al no obrar prueba del pago de las primas posteriores, se ordenará el pago por total de \$3.754.167, según lo liquidado en esta tabla:

Período	Días	Salario	Cesantías
2015	180	\$1.500.000	\$750.000
2016	360	\$1.500.000	\$1.500.000
2017	360	\$1.500.000	\$1.500.000
2018	1	\$1.500.000	\$4.167
			\$3.754.167

4. Vacaciones

Según lo expuesto previamente, las vacaciones se otorgan dentro del año siguiente al que se obtuvo el derecho a disfrutarlas, por lo que su término de prescripción en la práctica es de 4 años a partir de la fecha de obtención del derecho a disfrutarlas, aclarando que en aquellos casos donde la relación declarada finalizó debieron compensarse monetaria a la fecha de terminación del contrato; de manera que en el presente caso, desde cada 4 de noviembre de 2014 se causaron vacaciones, exigibles hasta el 3 de noviembre del año siguiente y por ende como durante todo el año 2015 la actora podía reclamar las vacaciones del año 2014, se declarará prescrita solo la compensación causada el 4 de noviembre de 2014 y según liquidación anexa, se ordenará el pago total de \$2.370.833

Período	Días	Salario	Vacaciones
04/11/14-03/11/15	360	\$1.500.000	\$750.000
04/11/15-03/11/16	360	\$1.500.000	\$750.000
04/11/16-03/11/17	360	\$1.500.000	\$750.000
04/11/17-01/01/18	58	\$1.500.000	\$120.833
			\$2.370.833

5. Dotación

Sobre este punto, no es procedente la entrega físicamente de los elementos cuando ya no se detenta la condición de trabajador; así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia SL1064 de 2018 dijo: *“el suministro de las dotaciones solo tiene sentido en vigencia de la relación laboral, culminada la cual, solo puede reclamarse una indemnización por el perjuicio causado debido a su falta de entrega”*.

Razón por la cual, sin la prueba del perjuicio, no se le puede reconocer su pago al demandante; por lo que se negará esta pretensión.

6. Subsidio familiar

Al respecto, recientemente en providencia SL5381 de 2019 se fijó como criterio que para su proceder debe demostrarse *“haber informado y acreditado en su momento, ante la empleadora, la existencia de hijos o dependientes beneficiarios del subsidio que sería a lo que eventualmente tendría derecho, para que surja la obligación por parte de ésta de sufragar dicho emolumento”*;

lo que en este caso si bien se demostró la existencia de una menor de edad durante la época de la relación, no se probó que el empleador conociera de su existencia ni su dependencia sobre la demandante. Por lo que esta pretensión no está llamada a prosperar.

7. Indemnización por despido injusto

Teniendo en cuenta que el trabajador que alega la acusación de derechos originados en un despido injusto debe demostrar el hecho simple del despido, y al empleador le corresponde acreditar la ocurrencia de la justa causa legal que le permitió realizar el mismo, reiterando la aplicación del principio de la carga de la prueba se considera que en este caso el demandante no acreditó debidamente como aconteció el despido y ante ello, se hace imperioso absolver a la demandada por este concepto.

8. Indemnizaciones

En el aparte de pretensiones la parte demandante solicita la indemnización por no consignación oportuna de las cesantías en el fondo respectivo de que trata el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción por no pago de los intereses de cesantías del numeral 3 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 y la indemnización moratoria del artículo 65 de C.S.T. por no cancelar las prestaciones al finalizar la relación laboral.

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

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

Sobre la forma de valorar la mala fe, la sentencia SL11436 del 29 de junio de 2016 (Rad. 45.536 y M.P. GERARDO BOTERO) hace un recorrido sobre los precedentes que debe seguir todo funcionario judicial al estudiar la imposición de la indemnización moratoria; destacando que el simple desconocimiento del contrato de trabajo al contestar no sirve para absolver al empleador, ni la declaración genera automáticamente la condena a favor

del trabajador pues *“se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria sobre las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del vínculo”* para definir la buena o mala fe.

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

En el presente caso se tiene que la demandada COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S. manifestó desde la contestación que actuó de buena fe porque siempre creyó estar convencida de ejecutar un contrato de corretaje comercial y no una relación de índole laboral; no obstante, como se explicó previamente no solo se desbordó la naturaleza del corretaje desde el principio al incluir a la actora en todo el proceso de venta y no solo el contacto de clientes, sino que además se expedían certificaciones contradictorias que no dan lugar a identificar el convencimiento reseñado.

Específicamente en casos donde se acude a la figura del corretaje para negar el contrato de trabajo, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL4943 de 2020 y dijo:

“En el caso concreto, considera la Corte, que no existe ninguna razón atendible para considerar que el empleador actuó de buena fe con la actora durante la relación de trabajo, pues durante todo el tiempo que éste permaneció vigente, disfrazó este vínculo bajo la capa de un nexo comercial, pues allí lo que se avizora es un comportamiento alejado de este principio, pues se acudió a la apariencia para cubrir la realidad, por más, conocida por la pasiva para burlar los derechos sociales de la accionante que debieron reconocerse oportunamente, y por contera, la misma justicia.”

Reconocida así la mala fe del empleador demandado, el artículo 99 de la ley 50 de 1990 establece que:

“El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”;

En esta medida, se adeuda esta sanción por cada año en que se debió consignar al fondo las cesantías y no se hizo, pero se encontraría afectada por prescripción toda sanción causada antes del 27 de julio de 2015.

Ante ello, solo surge la obligación respecto de las cesantías del año 2015 que debían consignarse el 14 de febrero de 2016 y las de 2016 que debían consignarse el 14 de febrero de 2017; como la relación finalizó el 1 de enero

de 2018, no había obligación de consignar las cesantías de 2017 y 2018. Por ende la condena según liquidación anexa se genera en total de \$33.800.000.

Período	Días	Salario	Sanción
15/02/2016-14/02/2017	360	\$1.500.000	\$18.000.000
15/02/2017-01/01/2018	316	\$1.500.000	\$15.800.000
			\$33.800.000

Conforme el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, *“Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados”*; por lo que se ordenará el pago adicional de \$540.001,39, que es lo adeudado en intereses a cesantías.

Finalmente, se procede a aplicar los parámetros del artículo 65 del C.S.T. tratándose de un salario superior al mínimo mensual legal vigente y como la demanda fue radicada el 25 de septiembre de 2018, esto es dentro de los 2 años siguientes a la terminación del contrato, se ordenará el pago de un día de salario por cada día de retardo hasta por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 se dispondrá el pago de intereses moratorios.

En consecuencia, como el salario diario del último año equivale a \$50.000, se dispondrá el pago de un día de salario entre el 2 de enero de 2018 y el 1 de enero de 2020 que arroja un total de \$36.000.000; y a partir del 2 de enero de 2020 se dispone el pago de los intereses los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificado por la Superintendencia Bancaria causados sobre la suma de \$10.535.835,39¹; sin que sea procedente estimarlos en esta instancia por depender la tasa de intereses de la fecha en que se realice el pago.

9. Aportes al sistema general de seguridad social

Aunque en el curso del proceso se indicó que la actora cotizaba como independiente y luego recobraba este valor a la empresa en su cuenta de cobro, nada se acreditó al respecto y como la empleadora incumplió la obligación de cotizar a pensiones según lo prevé el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, por tratarse de un derecho cierto e irrenunciable es procedente ordenar que la parte demandada realice las cotizaciones a pensión a favor de la demandante por el citado período del 4 de noviembre de 2013 al 1 de enero de 2018 en la administradora de pensiones al que ésta se encuentre afiliada, por el citado periodo y teniendo en cuenta con base en el cálculo actuarial elaborado y actualizado por la entidad respectiva, para lo cual se deberán tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994, la fecha de nacimiento del actor, y el salario percibido de \$1.500.000 según lo expuesto previamente.

Finalmente se declararán no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE y solo parcialmente probada la PRESCRIPCIÓN; así mismo por haber prosperado el recurso de apelación de la parte actora, se condenará en costas de ambas instancias a la demandada y se fijarán

¹ Valor correspondiente a las prestaciones sociales adeudadas: cesantías, intereses a cesantías y prima de servicios. Se excluye la compensación de vacaciones por no ser una prestación social.

20

como agencias en derecho de segunda instancia a favor del actor la suma de 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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: REVOCAR en su integridad la sentencia impugnada de fecha sentencia del 24 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo realidad suscitado entre la señora OLGA ANGÉLICA LÓPEZ LÓPEZ como trabajador y la empresa COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S., entre el 4 de noviembre de 2013 y el 1 de enero de 2018, con salario de \$1.500.000.

TERCERO: CONDENAR a la empresa COMERCIALIZADORA TECNOPACK S.A.S. a pagar a la señora OLGA ANGÉLICA LÓPEZ LÓPEZ los siguientes conceptos:

- Cesantías: \$6.241.667
- Intereses a cesantías: \$540.001,39
- Prima de servicios: \$3.754.167
- Vacaciones: \$2.370.833
- Sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías de 2015 y 2016 por \$33.800.000
- Sanción moratoria por no consignación de intereses a cesantías por \$540.001,39
- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. por \$36.000.000 causado entre el 2 de enero de 2018 y el 1 de enero de 2020, y a partir del 2 de enero de 2020 se dispone el pago de los intereses los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificado por la Superintendencia Bancaria causados sobre la suma de \$10.535.835,39.
- Al pago de la suma correspondiente para cubrir las cotizaciones de los periodos comprendidos entre el 4 de noviembre de 2013 y el 1 de enero de 2018, con base en el cálculo actuarial elaborado y actualizado por la entidad a que esté afiliado o elija el trabajador, para lo cual se deberán tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994, la fecha de nacimiento del actor, y el salario declarado en \$1.500.000.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y buena fe, propuestas por la demandada sobre las prestaciones e indemnizaciones reconocidas; y parcialmente probada la prescripción, según se especificó en cada prestación.

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

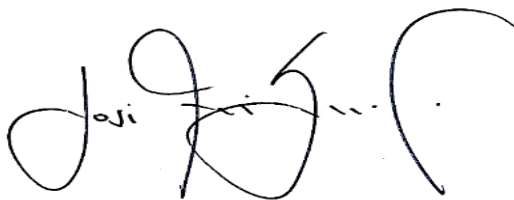
SEXTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho de segunda instancia a favor del demandante el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 036, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-3105-001-2019-00010-01
RADICADO INTERNO:	19.118
DEMANDANTE:	JAIRO HUMBERTO RINCÓN MARÍN
DEMANDADO:	JOSÉ ARTURO GONZÁLEZ SUESCÚN

Magistrada Ponente:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante en contra del auto del veintiuno (21) de octubre de dos mil veinte (2020), mediante el cual se declaró probada la excepción previa de prescripción y se declaró la terminación del proceso; a continuación, se dicta el siguiente:

AUTO

1. Antecedentes

El señor JAIRO HUMBERTO RINCÓN MARÍN presentó el 10 de diciembre de 2018, demanda ordinaria laboral contra la EMPRESA DE TRANSPORTES AK y el señor JOSÉ ARTURO GONZÁLEZ SUESCÚN, solicitando que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de agosto de 2012 y el 25 de enero de 2016, para que se ordene el pago de indemnización moratoria por no pago oportuno de derechos laborales, indemnización por accidente de trabajo, daños y perjuicios morales, cesantías, intereses a cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensiones, sanción por no consignación de cesantías, indemnización por despido injusto y sueldos dejados de percibir desde abril de 2015. (Fol. 33-43)

Mediante providencia del 23 de enero de 2019 (Fol. 44) se devolvió la demanda por no identificar correctamente a la persona demandada; en escrito del 30 de enero de 2019 se presentó escrito de subsanación advirtiendo que el demandado era la persona natural JOSÉ ARTURO GONZÁLEZ SUESCÚN quien era el propietario de EMPRESA TRANSPORTES AK, aclarando que la misma no consta en ningún registro mercantil.

Posteriormente, en auto del 4 de febrero de 2019 (Fol. 46) se admitió la demanda y se ordenó notificar al demandado, quien se notificó mediante apoderado judicial Dr. CARLOS LUIS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ el 25 de febrero de 2019 (Fol. 49) y dentro de la oportunidad legal contestó a la

demanda negando los hechos, oponiéndose a las pretensiones declarativas y condenatorias, proponiendo como excepciones previas la FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA por estimar que la relación alegada se ejecutó en Venezuela y no en territorio colombiano; como excepciones de mérito propuso la PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y MALA FE DEL ACTOR.

En audiencia del 19 de junio de 2019, se propuso recusación de parte del apoderado del demandado contra el Juez Primero Laboral del Circuito, que fue negada por el titular del despacho y finalmente fue negada por improcedente en decisión del 24 de octubre de 2019 de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta.

En memoriales del 15 de noviembre de 2019, la señora ANGELA ROSA HERNÁNDEZ presenta certificación de pago realizada ante la Notaría Única de Los Patios donde consta que recibió el saldo total acordado. (Fol. 38-39)

2. Actuación que se pretende recurrir

Durante el trámite de la audiencia del 21 de octubre de 2020, se declaró fracasada la etapa de conciliación y se dispuso la resolución de las excepciones previas propuestas, donde el *a quo* negó la falta de jurisdicción y competencia fundado en que la relación laboral reclamada en la demanda se afirma tuvo lugar en Colombia y con personas naturales comerciantes registradas en la Cámara de Comercio de Cúcuta, según las pruebas aportadas.

En el curso de la decisión, el apoderado del demandado interviene para señalar que existe además inepta demanda porque se dirige la acción contra EMPRESA DE TRANSPORTES AK pero no se aporta su certificado de existencia y representación legal.

El *a quo* responde que si bien efectivamente existen algunas incongruencias entre la demanda y lo que se desprende de las pruebas documentales aportadas, estas deberán ajustarse en la etapa de saneamiento y no hay lugar a decretar esa excepción previa.

Contra lo anterior el apoderado del demandado interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación, señalando que sí existe inepta demanda porque esta no cumple los requisitos formales y que según las pruebas aportadas en la contestación, la empleada que firma los certificados aportados no tenía esa función y por ello se le inició proceso disciplinario que llevó a su despido, que en todo caso también podría declararse la prescripción porque desde el año 2015 el camión que afirma conducía el actor, se encuentra retenido en Venezuela por el cierre de frontera.

En esa instancia, el Juez pregunta al actor sobre la fecha de ocurrencia del accidente de trabajo y si efectivamente fue el 27 de abril de 2015 según historia clínica anexa, lo que es corroborado por el demandante, y procede a señalar que como la demanda se radicó hasta el 10 de diciembre de 2018 transcurrieron más de 3 años desde la finalización de la relación laboral y la acción ordinaria estaría prescrita, por lo que declara esta de manera oficiosa y resalta que asiste razón al apoderado del demandado al insistir en que no se demostró la existencia de la denominada EMPRESA DE TRANSPORTE AK.

3. Recurso de apelación

La apoderada del señor JAIRO RINCÓN, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra la decisión de declarar prósperas las excepciones previas de prescripción e inepta demanda, señalando que no es posible admitir como fecha de terminación de la relación el accidente de trabajo porque el actor siguió incapacitado hasta enero de 2016 y la interpretación más favorable lleva a determinar que hasta entonces siguió vinculado como trabajador, pues está demostrado que radicaba estas incapacidades al demandado.

Sobre la inepta demanda, señala que la demanda está dirigida contra la persona natural propietaria de un establecimiento de comercio y que los señalamientos del apoderado del demandado sobre la vinculación de quien firma los certificados, son eventos ajenos al proceso y obra prueba suficiente de la relación de DIANA PATRICIA SÁNCHEZ con el aquí demandado para el momento en que suscribió esos documentos.

Señala que efectivamente la relación laboral se ejecutó en Colombia y ante ello no habría lugar a la falta de jurisdicción, pues inclusive en territorio colombiano se presentó el accidente de trabajo y es confuso afirmar que fue contratado en Venezuela, pues inclusive se intentaron acuerdos conciliatorios donde se reconoce la relación laboral.

El *a quo* mantiene la decisión y concedió el recurso de apelación.

4. Alegatos de conclusión

Dentro de la oportunidad legal se presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

• **De la parte demandante:** La apoderada del demandante expuso que el juez no tuvo en cuenta que por los hechos en litigio el trabajador estuvo incapacitado y esto daba lugar a la continuidad de la relación laboral, y que fue hasta el 25 de enero de 2016 que recibió las incapacidades, no existiendo un hecho claro para debatir la terminación del contrato y por ende debe interpretarse a favor del trabajador la duda. Que la solicitud de conciliación es anterior, por el pago de incapacidades y que en todo caso algunas pretensiones como el reclamo de aportes a pensión, no prescriben.

Señala que la intervención del apoderado de la demandada busca confundir al juez, pues existe una certificación laboral donde se puede identificar la expedición por la empresa demandada y no debe ser excluida, valorándose otras pruebas que no correspondían para el litigio fijado pues hay suficiente material para acceder al contrato solicitado; por lo que debe revocarse lo resuelto y disponer que se continúe con el trámite del proceso en la etapa que se suspendió.

• **De la parte demandada:** El apoderado de la empresa demandada señaló que se logró demostrar que el actor mintió al despacho en los hechos narrados en la demanda al señalar que laboró entre el 12 de agosto de 2012 al 25 de enero de 2016, pues para la fecha inicial aún no existía la sociedad demandada y por ello no se aportó el certificado de existencia y representación legal, ni se aportó prueba que demuestre la terminación del contrato de trabajo pues los documentos solo se refieren a citaciones a conciliación y lo único evidenciado es que laboró para una empresa de

transporte venezolana, en territorio de ese país, y como citó a la misma a conciliar el 23 de junio de 2015, se desprende fácilmente la prescripción de la acción radicada luego del 22 de junio de 2018, debiendo confirmarse la excepción de prescripción.

5. Consideraciones del Despacho

Es preciso señalar que conforme a lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 65 del C.P.T.S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, es apelable el auto que resuelva las excepciones previas, por lo que esta Sala de Decisión es competente para pronunciarse sobre la impugnación presentada.

El problema jurídico que corresponde resolver en este caso, es si se configura la excepción de *prescripción*, y si era procedente decretar la terminación del proceso ordinario laboral adelantado por JAIRO HUMBERTO RINCÓN MARÍN contra JOSÉ ARTURO GONZÁLEZ SUESCÚN para la declaratoria de un contrato realidad y la solicitud de condenas por prestaciones laborales, indemnizaciones y daños morales.

Sin embargo, revisada la contestación de la demanda se advierte que este medio exceptivo no fue propuesto como previa sino de mérito, siendo solo la falta de jurisdicción y de competencia los que fueron interpuestos y sustentados en la oportunidad debida como excepciones previas.

Revisada la actuación surtida, se evidencia que la prescripción fue mencionada por el apoderado del demandado solo hasta la sustentación del recurso de reposición y apelación contra la decisión inicial de negar las excepciones de falta de jurisdicción, falta de competencia y de inepta demanda, esta última tampoco propuesta en la contestación y mencionada por el apoderado del demandado en una intervención previa.

Al respecto, debemos señalar que conforme al artículo 31 del C.P.T.Y.S.S. en la contestación de la demanda se deben especificar las excepciones que se pretenden hacer valer debidamente fundadas y el artículo 32 establece que *“El juez decidirá las excepciones previas en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio”* y en el inciso final la norma señala que *“Las excepciones de mérito serán decididas en la sentencia”*.

Como en el Código Procesal del Trabajo no se regula expresamente la naturaleza de la proposición de las excepciones previas, por remisión del artículo 145 de esta norma debemos acudir al Código General del Proceso para aplicar por analogía las figuras no regladas específicamente; en esta normativa se establecen las diferentes excepciones que pueden ser resueltas como previas y que las mismas deben ser formuladas en el término de la contestación, pero es necesario resaltar lo reglado en el artículo 102:

“INOPONIBILIDAD POSTERIOR DE LOS MISMOS HECHOS. *Los hechos que configuran excepciones previas no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandante, ni por el demandado que tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones.”*

De esta manera, era improcedente que el *a quo* se dispusiera a resolver otras excepciones previas propuestas en el curso de la audiencia porque las

mismas resultaban abiertamente extemporáneas, en la medida que no fueron propuestas y fundamentadas en la contestación de la demanda, que es la única oportunidad legalmente consagrada para su proposición.

La consecuencia procesal de esta omisión del apoderado de la parte demandada es que los hechos dejados de alegar no pueden ser retomados posteriormente; como sucedió en este caso, donde una vez resuelta la única excepción previa propuesta (Falta de jurisdicción y competencia), interviene en dos oportunidades para incorporar la inepta demanda y la prescripción, en una actuación ajena al ordenamiento jurídico procesal aplicable.

Sin perjuicio de que lo anterior resulta suficiente para revocar la actuación apelada, estima la Sala que es necesario agregar que la prescripción solo es posible de ser tramitada como previa cuando se cumple la condición señalada en el artículo 32 del C.P.T.Y.S.S. que reza: “**También podrá proponerse como previa la excepción de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión**”

De conformidad con la norma citada, únicamente la prescripción puede resolverse como excepción previa, cuando no exista controversia entre las partes sobre la fecha de exigibilidad, suspensión o interrupción del derecho reclamado, de forma que antes de que el juez decida resolver tan excepción de forma anticipada debe verificar si entre las partes existe discusión sobre tal aspecto, debido a que ésta es una excepción naturalmente perentoria que debe resolverse al momento de dictar sentencia.

Esta norma fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en Sentencia C-820 de 2011, donde se indica que las excepciones previas son “*aquellas razones de defensa expuestas por el demandado, de naturaleza procedimental, mediante las cuales éste expresa su oposición a la demanda, con base en la existencia de ciertos eventos que impiden el desarrollo del proceso. Se trata de asuntos de previo trámite y pronunciamiento que propenden por el mejoramiento del procedimiento, de suerte que pueden llegar a suspender el proceso, e incluso a darlo por terminado*” y específicamente sobre el problema jurídico en discusión, expone: “*No sobra recordar que las excepciones de prescripción y cosa juzgada tienen naturaleza objetiva. Su acreditación se produce mediante la contabilización del transcurso del tiempo, en el caso de la prescripción, al margen de la intención, el ánimo o la razón por la cual el acreedor permaneció inactivo. Además, su declaratoria anticipada, en la primera audiencia, sólo es posible cuando existe certeza sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión, o de su interrupción o suspensión. De manera que si se presenta alguna discusión en torno a estos tópicos su decisión se diferirá a la sentencia.*”

Sobre la naturaleza de esta excepción previa también se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en decisión de fecha 25 de julio de 2006, rad. 26.939, reiterada posteriormente en SL3693 del 15 de marzo de 2017, señalando que “*Así las cosas, no es que la ley permitió una mutación de la naturaleza jurídica de la excepción de prescripción, es decir, que haya cambiado de ser una excepción de fondo a dilatoria, sino que, se itera, por economía procesal y celeridad, al juez laboral le es dable resolverla en la primera audiencia de trámite, siempre y cuando, como lo establece el artículo 32 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el 19 de la Ley 712 de 2001, “no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción*

*o de su suspensión”. En este orden de ideas, **para que el juez pueda decidir sobre la prescripción, al comienzo de la litis, no debe tener duda en cuanto a la claridad y existencia del derecho; pero si hay controversia en cuanto a la exigibilidad, interrupción o suspensión de la prescripción, la resolución de la misma debe esperar a la sentencia***”.

Por lo anterior, se advierte con la mera invocación en la demanda de que la relación laboral debía declararse hasta el 25 de enero de 2016 y el rechazo de la parte demandada de aceptar la existencia de cualquier relación laboral, daba lugar a desestimar la posibilidad de analizar y declarar la prescripción en la etapa de excepciones previas.

Esto último es indispensable, dado que 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 la relación laboral en litigio y posteriormente solo en caso de ser demostrado, dirimir si sobre el mismo operó el fenómeno prescriptivo; lo que en casos como el presente donde hay discusión inclusive sobre la existencia de la relación laboral, da lugar a que la prescripción solo pueda ser analizada en la sentencia.

Finalmente, estima la Sala también pertinente señalar respecto de la discusión suscitada sobre la representación legal y existencia de la parte demandada, que tanto el Juez de primera instancia como el apoderado de la parte demandada omitieron completamente que en el escrito de subsanación visto a folio 45 del expediente, se indicó como único demandado al señor JOSÉ ARTURO GONZÁLEZ SUESCÚN y se aclaró que la referida “EMPRESA TRANSPORTES AK” no figuraba en ningún registro mercantil. Por lo que, en todo sentido, se trataba de un asunto superado desde la admisión de la demanda y que no ameritaba mayor discusión, situación que no se hubiera presentado si el *a quo* se hubiera limitado a resolver las excepciones previas exclusivamente propuestas en la oportunidad procesal legalmente consagrada.

En consecuencia, se revocará la decisión del juez *a quo*, que declaró terminado el proceso por encontrar probada la excepción previa de *prescripción* y en su lugar se ordenará resolver la misma en la sentencia, debiéndose devolver el expediente al Juzgado de origen para que dé continuidad al proceso en el trámite respectivo.

Sin condena en costas al ser favorable el recurso al apelante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto dictado en audiencia del veintiuno (21) de octubre de dos mil veinte (2020) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR que la excepción de prescripción propuesta por JOSÉ ARTURO GONZÁLEZ SUESCÚN sea resuelta en la sentencia, debido a que no se propuso como previa y tampoco se acreditan los presupuestos del artículo 32 del C.P.T.S.S. modificado por el artículo 1° de la Ley 1149 de 2007, para que se decida anticipadamente, por las razones expuestas en esta providencia.

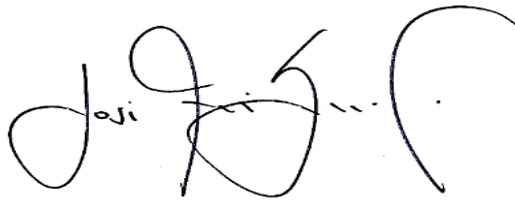
TERCERO: SIN COSTAS por resultar favorable al apelante.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Magistrada


JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Magistrado


ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 036, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de Marzo de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2019-00147-00
RADICADO INTERNO:	19.072
DEMANDANTE:	ABEL PRADA SÁNCHEZ Y OTROS
DEMANDADO:	CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ABEL PRADA SÁNCHEZ, ABEL GARCÍA RINCÓN, ALDRUBAL BARRIOS JAIMES, LUIS ALEJANDRO CÁCERES, LUIS ALBERTO CRIADO ARIÁS, JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ, JORGE ENRIQUE GUERRERO BARRAGAN, CARLOS JOSÉ LARA ORTIZ, SAMUEL DARIO JAUREGUI RIVERA, LUCY KOGSON BEJARANO, ALVARO MEDINA MEZA, JORGE ENRIQUE NIÑO TOSCANO, LUIS FRANCISCO PEDRAZA LOBO, PABLO ARTURO PEREZ ANAYA, JORGE WILLIAMWILLIAM SERRANO VELANDIA, JOSÉ FRANCISCO USECHE ARCINIEGAS, ANGEL ALBERTO WILCHES, ANTONIO JOSÉ ESLAVA GUERRA, JOSÉ RAFAEL RIVEROS, ALVARO HUMBERTO CUADROS CONTRERAS, TERESA CARRASCAL DE ROJAS, JESÚS EMIRO GENTIL PINEDA OTILIO AREVALO ROPERO, FRANCISCO JOSÉ PEREZ ÁREVALO, LIBARDO ENRIQUE DAZA PINEDA JAIME ALIRIO LAZARO MEZA, CESAR AUGUSTO MENDOZA GUZMAN, JAIME ALONSO LEAL TRIGOS, MIGUEL ANGEL YARURO BOHADA, ELVIRA CARVAJALINO VIUDA DE PAREDES, LUIS TOBIAS VERGEL BAYONA, ALICIA MARIA PAEZ VIUDA DE ARENAS, GEORGINA GUERRERO contra CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2019-00147-00, y Radicación interna No. 19.072 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 27 de julio 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

Los demandantes citados anteriormente, mediante apoderado judicial, presentaron demanda ordinaria laboral contra CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P. para que se le ordene que siga

reconociendo los derechos adquiridos en salud, contenidos en las Convenciones Colectivas de Trabajo, celebradas entre la empresa y sus trabajadores en virtud a lo previsto en el artículo 57 y 71 de la convención colectiva de trabajo vigente (2004-2008) celebrada entre CENTRALES ELECTRICAS DE NORTE DE SANTANDER y sus trabajadores, y el artículo 7 de la Ley 4 de 1976, por lo que deberá seguir asumiendo la prestación de los servicios médicos tales como prótesis dentales, consulta oftalmológica, valoración por optometría y auxilio de montura en favor de los JUBILADOS DE CENTRALES ELECTRICAS DE NORTE DE SANTANDER y demás derechos extralegales en salud.

Como fundamento fáctico refiere que los actores son pensionados de La Empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER, por haber cumplido los requisitos convencionales, por lo cual se emitió resolución motivada reconociendo esa condición. Que en la convención colectiva de trabajo de vigencia 1982 – 1984 celebrada entre la entidad demandada y sus trabajadores, en el capítulo VI se consagraron los servicios médicos a trabajadores en el artículo 57; Que el 3 de febrero de 2004 entre CENS y SINTRAIECOL se celebró la convención colectiva de trabajo vigente (2004-2008), y en dicha convención se estableció en el artículo 71 que las convenciones colectivas anteriores se entendían incorporadas a dicho acto, por lo que lo pactado en la convenciones colectivas de trabajo anteriores se incorporó a la nueva convención vigente.

Que la empresa demandada venía reconociendo los servicios médicos establecidos en la convención a sus trabajadores y a los pensionados, en virtud a lo establecido en las convenciones anteriores y en la Ley 4 de 1976 artículo 7°, por lo que los miembros de la Asociación de Jubilados de Centrales Eléctricas de Norte de Santander quienes son todos pensionados de dicha entidad, siempre gozaron de los servicios médicos, tales como prótesis dentales, consulta oftalmológica, valoración por optometría y auxilio de montura establecidos en las convenciones colectivas de trabajo en mención, pero que a partir del mes de marzo de 2016, la entidad demandada se negó a seguir asumiendo los servicios médicos establecidos en la convención colectiva para los trabajadores y extendidos a los pensionados.

La demandada CENS S.A. E.S.P. contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones por estimar que los servicios médicos asistenciales consagrados en la convención colectiva de trabajo fue exclusivamente para los trabajadores, y si bien reconoció los servicios médicos asistenciales a los pensionados lo hizo fue en cumplimiento del artículo 7° de la Ley 4 de 1976; no obstante CENS dejó de reconocer a los pensionados los servicios médicos asistenciales pretendidos, teniendo en cuenta que la norma citada anteriormente fue expresamente subrogada por el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, pues la antigua cobertura de salud de los pensionados y sus familiares dependientes, hoy se encuentra en cabeza del plan obligatorio de salud, contemplado para el Sistema General de Seguridad Social en Salud de la Ley 100 de 1993.

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 Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió absolver a CENS S.A. E.S.P. de los cargos formulados en su contra, condenándolos en costas.

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que los demandantes no tienen contrato de trabajo vigente con su demandanda por cuanto al cumplir los requisitos convencionales le fue reconocida pensión, la cual en la actualidad está a cargo de Colpensiones en virtud a lo acordado entre la empresa y sus trabajadores.

- Que en los acuerdos convencionales se establece que los beneficios convencionales allí pactados benefician unicamente a los trabajadores activos, por ende al tener los demandantes la calidad de pensionados ya no tienen derecho a los mismos por lo que el *a quo* decide absolver a la demandada.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

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

- Que lo pretendido es que se le siga reconociendo los derechos adquiridos en salud a los pensionados en virtud del artículo 7° de la Ley 4 de 1976 la cual expresamente extendió los beneficios en salud a los jubilados en las mismas condiciones que se le reconocían a los trabajadores mediante convención colectiva, por lo que refiere equivocarse el juez *a quo*, cuando señala que las condiciones o los acuerdos celebrados en la convención colectiva de trabajo solamente son aplicables a los trabajadores.

- Que al reconocerse a los actores los derechos en salud en aplicación de la Ley 4 de 1976, estos entraron hacer parte de su patrimonio al momento de pensionarse sin importar que el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, subrogaba tales beneficios, porque precisamente estos ya se habían constituido en derechos adquiridos que entró de manera definitiva en el patrimonio de cada uno de los actores.

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:

La Apoderada de la **parte demandante** en sus alegatos de conclusión resalta que la pretensión del proceso, va encaminada a que la demandada siga reconociendo a los pensionados los derechos extralegales en salud reconocidos a los trabajadores de la empresa demandada atendiendo el artículo 7° de la ley 4 de 1976, al ser una obligación legal el reconocimiento de estos derechos, al considerar que de ninguna manera este concepto de

que el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 dejó sin vigencia el art. 7 de la Ley 4ta de 1976, hace relación expresa a la extensión de los derechos reconocidos convencionalmente a los trabajadores jubilados, pues el derecho deprecado constituye un derecho adquirido, con arreglo a la fuente formal contenida en la ley 4ta de 1976.

•PARTE DEMANDADA:

La **apoderada de la demandada** Sociedad CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A.E.S.P. presenta alegatos de conclusión, resaltando la inexistencia de las obligaciones que se demandan toda vez que el beneficio de servicios médico estipulado en la convención colectiva, se pactó para los trabajadores de CENS y no para sus pensionados, y que estos reconocimientos de los servicios que realizó CENS lo hicieron mediante el cumplimiento del artículo 7° de la Ley 04 de 1976 subrogada por el artículo 163 de la Ley 100 del año 93, por lo tanto la cobertura de salud de los pensionados y sus familiares y dependientes, se encuentra hoy en día en cabeza del plan obligatorio de salir, esto se contempla en el Sistema General de Seguridad Social en salud de la ley 100 de 1993.

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:

¿Si existe o no la obligación de Centrales Eléctricas de Norte de Santander S. A E.S.P, de seguir reconociendo los beneficios convencionales por servicios médicos establecidos para los trabajadores de la empresa y que fueron extensivos a los jubilados de CENS conforme a lo señalado en el artículo 7° de la Ley 4 de 1976?

7. CONSIDERACIONES:

Se propone como problema jurídico desde las pretensiones de la demanda, establecer si la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P. está en la obligación de continuar reconociendo a los demandantes los beneficios convencionales por servicios médicos establecidos para los trabajadores de la empresa y que conforme a lo señalado en el artículo 7° de la Ley 4° de 1976, se hizo extensivo también a los jubilados de CENS.

Al respecto, CENS precisó que la disposición legal ahora no es extensible a los pensionados, dado que el artículo 7° de la Ley 4° de 1976 fue subrogado por el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, pues la antigua cobertura de salud de los pensionados y sus familiares y dependientes, hoy se encuentra en cabeza del Plan Obligatorio de Salud (POS) contemplado para el sistema general de seguridad social en salud de la Ley 100 de 1993.

El juez a *quo*, resolvió absolver a la demandada de las pretensiones al considerar que los demandantes no tienen contrato de trabajo vigente por ende no tienen derecho a que se les apliquen los beneficios convencionales pues estos son únicamente para los trabajadores activos.

En torno al tema que se debate en el presente caso, vemos que en Sentencia SL318-2021 de fecha 10 de febrero de 2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó “que si bien, el artículo 7° de la Ley 4° de 1976, extendió a los pensionados del sector oficial, semioficial, y privado y a sus familiares dependientes económicamente *“los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento”* que tengan para sus afiliados o trabajadores activos, tal norma fue subrogada por el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, toda vez que hizo una redefinición de beneficiarios y grupo familiar.

De igual forma, la Sala de Casación Laboral señaló que en sentencia CSJ SL17475-2017 se dejó dicho:

“ [...] en convenciones colectivas, pactos o laudos arbitrales, entre otros, se pueden establecer prestaciones adicionales a las previstas en el sistema de seguridad social integral, siempre y cuando se respeten las normas de orden público que regulan el sistema, pues es esencial evitar alteraciones y desajustes en la estructura, organización y funcionamiento de los subsistemas de seguridad social, como pueden ser la sustracción, traslado o reasignación de obligaciones y responsabilidades establecidas en la ley, modificación del monto y porcentaje de las cotizaciones; así como no imponer al empleador cargas y prestaciones que por mandato legal le corresponde satisfacer exclusivamente a las entidades del sistema, por ejemplo, servicios del Plan Obligatorio de Salud (CSJ SL3269-2016)”.

De igual forma, en la anterior sentencia, también se dijo en cuanto a la interpretación del artículo 7° de la Ley 4° de 1976, lo siguiente:

“ (...) i) Titularidad y Plus de Beneficios contenidos en el artículo 7.° de la Ley 4/1976.- Va a resultar indiscutible que el precepto normativo sub-examine consagra en cabeza de los pensionados sus familiares y beneficiarios una extensión de los derechos que en su haber tengan las entidades, patronos o empresas para sus afiliados, trabajadores o dependientes, empero, el mismo precepto normativo circunscribe o concreta, el plus de beneficios respecto de «servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento», precisando que podrá accederse a los citados beneficios «mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios». La negrilla es de la Sala para resaltar, de un lado, que la extensión de beneficios consagrada en la norma no comprende la asunción del pago de los aportes requeridos por el sistema de seguridad social y, de otro lado, que por el contrario la norma precisa que para accederse a las prerrogativas por parte de los pensionados y sus familiares se deben cumplir las obligaciones sobre aportes a su cargo. Valga precisar, que la extensión de derechos consagrada en la norma es de carácter eminentemente asistencial más no de carácter económico, pues, respecto de esto último no se dispuso nada por el legislador.

ii) Vigencia en tiempo y espacio de las previsiones establecidas en la Ley 4/1976.- Subyace en el presente análisis otro argumento más fuerte que igualmente conduce el inexorable fracaso de la censura. El derecho a la cobertura familiar previsto en la Ley 100 de 1993, con la cual se implementó en nuestro país el nuevo esquema de seguridad social, derogó el artículo 7° de la Ley 4/1976, especialmente, porque la misma se promulgó con el objeto de establecer un sistema de seguridad social integral, que como su nombre lo indica, regulara de manera completa los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales, hoy laborales.

En desarrollo del tal cometido, en el artículo 152 de la Ley 100 de 1993, el legislador dispone que los objetivos del sistema general de seguridad social en salud son la regulación del servicio público esencial de salud y crear las condiciones de acceso de todas las personas en todos los niveles de atención, con las excepciones prescritas de manera expresa en la misma norma. A su turno, el artículo 163 ídem, mediante el cual se subroga el artículo 7° de la Ley 4/1976 (Radicación 659 de 1994. Sala de Consulta y Servicio Civil), establece que el plan obligatorio salud tiene cobertura familiar, estableciendo de manera expresa las personas integrantes del núcleo familiar que tienen derecho a beneficiarse del sistema, es decir, que esta disposición cumple de manera exhaustiva los mismos propósitos que tenía el artículo 7.° de la Ley 4/1996, como quiera que ésta regulaba los temas relacionados con la cobertura familiar en salud de los trabajadores de las empresas de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como algunos servicios médicos que hoy están incluidos en el plan obligatorio de salud”.

De acuerdo con la providencia en cita, los beneficios especiales previstos en el artículo 7° de la Ley 4 de 1976, perdieron sus efectos luego de la promulgación de la Ley 100 de 1993, que estatuyó un sistema general de seguridad social en salud, basado en la universalidad, es decir aplicable a toda la población y, de ese modo, unificó las condiciones de acceso a los servicios y abolió los regímenes especiales, salvo excepciones expresamente consagradas.

Más aún, el precedente es claro en el sentido de que no es dable consagrar en convenciones colectivas, cargas adicionales al empleador ya previstas en el plan de beneficios en salud, otrora denominado POS. Es decir, que queda en entredicho la exigibilidad de las eventuales cláusulas que prevean beneficios especiales en salud, ya dispuestos en el régimen general.

De igual forma, tampoco puede entenderse estos beneficios previstos en la ley como derechos adquiridos ya que del contenido de estas cláusulas convencionales, tal como lo razonó el juez de instancia, se desprende que el destinatario de los auxilios allí consagrados, eran los trabajadores activos y no los jubilados, y además porque esta posibilidad surgía en virtud de lo consagrado en la Ley 4° de 1976, pero conforme se indicó, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que estatuyó un sistema de seguridad social basado en la solidaridad y la universalidad, desaparecieron los regímenes que establecían beneficios especiales.

Por las razones explicadas, considera la Sala que los demandantes no tienen derecho a que la Empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A E.S.P. siga reconociendo los beneficios previstos en la Ley 4° de 1976; razón por la cual se confirmará la decisión apelada y se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, fijando como agencias en derecho de segunda instancia la suma de \$200.000 por cada demandante a favor de la empresa accionada.

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 de fecha del 27 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia al demandante. Fijar como agencias en derecho a favor del demandado la suma de \$200.000 por cada demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 036, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CARMEN ALICIA RODRÍGUEZ como curadora de JUAN DE DIOS CRUZ AGUILAR, LUIS JESÚS VESGA RONDÓN, PEDRO ANTONIO EUGENIO BECERRA, GERARDO CANAL PERDOMO, JOSÉ GUSTAVO CAICEDO DÍAZ, DARÍO CABALLERO, MARÍA DÁVILA DE ROJAS, ANA EVELIA RAMÍREZ VALE, JORGE ELIÉCER MELO ZAPATA, CARLOS FRAGOZO CRESPO, CARMEN ALICIA HERNÁNDEZ DE VILLAMIZAR, MIRIAM ESTHER BETANCOURT VISBAL, ERNESTO MANTILLA GONZÁLEZ, RAMÓN OSWALDO PEÑA AMAYA, WILLIAM ARMANDO FORGUIONE, FLOR ELBA CARRILLO, GILBERTO MALDONADO CARVAJAL, ELBA DEL ROSARIO ACERO JAUREGUI, AURORA SÁNCHEZ IBÁÑEZ, JOSÉ HERIBERTO MENDOZA RUIS, NUBIA ISELA MENDOZA DE ARION, MARIO ORLANDO LÓPEZ JIMÉNEZ, LUIS ISIDRO SANDOVAL VILLAMIZAR, OSCAR SÁNCHEZ MOLINA, ORLANDO EMIRO CONTRERAS VELASCO, BENITO HACL PARADA ARCINIEGAS, YESID JAIMES, JESÚS EFRAÍN IBARRA OCHOA, LIGIA MATILDE RIVERA BLANCO, ELVA MARÍA LUNA DURAN, VÍCTOR JULIO CALDERÓN ROMERO, RAMIRO GARCÍA VELOSA, LUIS DOMINGO MALDONADO, LUIS HORACIO DURÁN VILLARUEL, LUIS ALBERTO CRIADO ARIAS, MARINA GIGUEROA VILLAMIZAR, MARÍA DEL CARMEN PÉREZ DE MOGOLLÓN, LUIS EDUARDO RAMÍREZ PRADA, GILBERTO ROJAS MARCIALES, JOSÉ RAMIRO RICO, GOTARDO AYALA BARRERA, LUIS FRANCISCO MONTES CONTRERAS, CELESTINO LEÓN CONTRERAS, PEDRO PABLO LEÓN CONTRERAS, VÍCTOR MANUEL LEAL SANTAMARÍA, LUIS FERNANDO PALENCIA MANOSALVA, CARMEN RINCÓN DE PABÓN, CARLOS JOSÉ LARA ORTIZ, RAMÓN CÁRDENAS ROSAS, JOSÉ DEL CARMEN VILLAMIZAR OMAÑA, IRMA ROSA MARTÍNEZ DELGADO, MATILDE BÁEZ DE CAÑAS, JORGE MENESES AMAYA, ALIRIO SÁNCHEZ RAMÍREZ, ÁNGEL ALBERTO WILCHES, LUIS ALFREDO PABÓN, JESÚS MARÍA RAMÍREZ PRADA y JORGE ANTONIO GÓMEZ NÚÑEZ en contra de CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2014-00013-00, y radicación

interna N° **16.785** de este Tribunal Superior, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 9 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

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

Como fundamento fáctico expresan, que son pensionados de La Empresa CENS S.A. E.S.P. por el tiempo en que prestaron sus servicios conforme a los requisitos exigidos en la Convención Colectiva del Trabajo, vigente para cada época; siendo procedente sobre esas pensiones la indexación de la primera mesada para sopesar la pérdida de poder adquisitivo.

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

La demandada contestó a la demanda, oponiéndose a las pretensiones por cuanto las pensiones de jubilación de los actores fueron reconocidas conforme a derecho, siendo liquidadas y reconocidas de manera concomitante a la terminación del contrato de trabajo, con los factores devengados en el último año de servicios

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala conocerá en grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 9 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, la cual resolvió:

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

SEGUNDO: CONDENAR en costas a los demandantes.

2.2 Fundamento de la decisión

Dentro de sus consideraciones, el A quo argumentó lo siguiente:

- Que desde la demanda se reclama que CENS S.A. E.S.P. no garantizó a los demandantes, como pensionados extralegales de la empresa, la indexación de la primera mesada pensional conforme dispuso la Corte

Constitucional, en sentencia SU1072 de 2012 para garantizar la pérdida de capacidad laboral al momento de calcular la mesada, a lo que se opone la demandada alegando que las pensiones reconocidas son el resultado del salario promedio en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio.

- Que no se desconoce por la parte demandada que todos los actores tienen la condición de pensionados de la empresa, acompañándose la demanda con los documentos que respaldan esta condición bien sea por haber sido trabajadores o por sustitución pensional.

- Que el asunto a discutir es la indexación o actualización de la primera mesada pensional, respecto del cual existen diferentes posiciones entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, para lo cual se debe plantear hasta donde llega el deber de indexación, que abarca, si efectivamente se hizo dependiendo de cuando se hizo el reconocimiento y si esto se extiende a las pensiones de carácter convencional.

- Que inicialmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia aceptó la revaluación de la base salarial de todas las pensiones conforme al principio de equidad y el vacío legal al respecto de actualizar la obligación pensional, criterio que se mantuvo hasta la sentencia No. 11.818 de 1999 donde se advirtió que no serían indexables los derechos reconocidos con anterioridad a la actual ley de seguridad social, agregando posteriormente que también si cumplía el tiempo antes de la vigencia de la ley 100 y la edad después y adicionando también las pensiones legales; por lo que debe revisarse en el caso de cada actor si cumplió todos los requisitos antes de la vigencia de la ley 100 para tener la posibilidad de revaluar la base de la prestación a liquidar.

- Que la Corte también ha agregado la indexación de pensiones con fuente en la convención colectiva, cuando el derecho pensional se causa en vigencia de la Constitución Política de 1991, pues se trata de una omisión legislativa no haber diferenciado sobre cuáles rige y siguiendo la adecuada protección constitucional del trabajador, no siendo dable excluir a las pensiones extralegales del mantenimiento del poder adquisitivo, por lo que no existe distinción a aplicar para revisar que se actualizara el salario base de la liquidación de la primera mesada pensional cuando ha mediado un tiempo sustancial entre el momento en que el trabajador se retira y el reconocimiento de la pensión.

- Que en el presente caso, algunos demandantes gozan de pensión legal pero la mayoría son de origen convencional y algunos por acuerdos voluntarios con el empleador; específicamente se advierte que solo las siguientes se causaron antes de 1991: Alicia en sustitución de Juan de Dios Cruz, Marta pabón, Elías Yañez, Darío Caballero, Luis Francisco García, Rogelio Villamizar, Carlos Luis Ramírez y Yesid Ramírez.

- Que solo a partir de 1991, como sucede con los intereses moratorios, la jurisprudencia ha venido reconociendo que le es aplicable asuntos como la indexación y no para pensiones anteriores, de manera que solo es exigible para quienes adquirieron el derecho en vigencia de la actual Constitución.

- Que existen unas personas que se presentaron a la primera audiencia, pero se solicitó su retiro porque estaban tramitando su pretensión en otro juzgado y sobre ellos existe pleito pendiente: **Ramón Cárdenas Rosas,**

Ramiro García y Ángel Alberto Guiches; respecto de quienes no procede pronunciamiento.

- Que sobre las pensiones reconocidas en vigencia de la Constitución, se debe revisar si se aplicó o no la indexación de manera individualizada pues es la mejor manera de verificar el tiempo sustancial que transcurrió entre el retiro del trabajador y el reconocimiento de la pensión, destacando los siguiente: Para Isidro Sandoval, Mario Orlando López, Juan de Dios Cruz no tuvieron espacio entre su retiro y el reconocimiento, y en el caso de Gerardo Canal, fueron apenas 15 días.

- Que en estos casos la empresa reconoció casi de manera inmediata la pensión, no evidenciándose pérdida de poder adquisitivo en el lapso en que se le comenzó a cancelar y su retiro para hacer procedente la indexación.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

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

- Que conforme a los testimonios recepcionados se explica que el cálculo de la primera mesada antes de 1991 se liquidaba conforme al salario mínimo y nunca se indexó, adoptando el juzgado un criterio de no proceder con la indexación porque se reconoció la mesada el mismo año; sin embargo, la jurisprudencia ha adoptado un criterio bastante amplio sobre la indexación de primera mesada como mecanismo para repeler la pérdida de poder adquisitivo, instrumento de origen europeo, que ha sido incorporado a la jurisprudencia laboral y constitucional, especialmente para las pensiones e inclusive las reconocidas antes de 1991.

- Que algunas decisiones citadas son anacrónicas, pues conforme la SL736 de 2013 la Corte ha asumido los criterios de la Corte Constitucional en aras de garantizar el principio de igualdad para extender la indexación a pensiones anteriores a 1991, contrario a lo expuesto por el despacho.

- Que además se omitió por parte del Despacho, conforme se desprendió de los testigos, que todas las pensiones de los demandantes son calculadas conforme el último año de servicios, es decir, se remonta al año anterior y no garantiza la indexación a enero del año siguiente, por lo que no basta con enunciar que no hubo lapso de tiempo tras el retiro pues la jurisprudencia pretende evitar la pérdida del poder adquisitivo.

- Que en Sentencia T-953 de 2013 la Corte analiza el caso de una sustitución pensional del año 1969, advirtiendo que es bastante anterior a 1991 pero se garantiza su derecho a evitar la pérdida del poder adquisitivo sobre su mínimo vital pues los salarios deben ajustarse al momento del retiro; en este caso, reitera que es evidente que todas las pensiones, legales o convencionales, son el resultado de un promedio que incluye un año donde hubo pérdida de capacidad adquisitiva respecto del año inmediatamente anterior y ello genera un evidente detrimento en el cálculo.

- Que el artículo 34 de la Convención Colectiva habla de los conceptos para liquidar las prestaciones para conformar la primera mesada pensional, incluyendo todo lo devengado en el último año, por lo que para evitar que la decisión se suscribiera a cuestiones de interpretación o semántica debió realizarse el cálculo matemático de la totalidad de los demandantes, pues

para ello se aportó la hoja de vida de los demandantes con las respectivas resoluciones donde se otorgó la pensión y ello daría lugar a la causal de casación de violación indirecta por apreciación indebida de la prueba, pues se trae a colación una fórmula y lo mínimo que debe hacer el despacho es verificar el cálculo matemático, para evidenciar si existen diferencias.

- Que el despacho debió haber delimitado el término de 12 meses que sirve para fundamentar la base de liquidación, pues es la fecha determinante para encontrar si hay pérdida de capacidad adquisitiva y es lo que la jurisprudencia pretende garantizar, sin que haya de rechazarse por solo calcularse el último año dado que es necesario revisar que al momento del retiro se garantice el poder adquisitivo.

- Que en el nicho jurisprudencial se advierte sobre el instrumento o fórmula para calcular la capacidad adquisitiva, partiendo de los índices inicial y final se arroja una constante para encontrar la diferencia con el ingreso mensual, arrojando el retroactivo que se adeuda y que puede ser comprobado en las resoluciones de reconocimiento de los demandantes, inclusive aplicando el período de prescripción; por ejemplo, en el caso de William Forjioni, pensionado el 21 de agosto de 2007, se encuentra una diferencia mensual de \$191.874 que arroja un retroactivo total de \$19.355.000, existiendo demostración matemática de las pretensiones.

- Que los demandantes hacen un esfuerzo de exposición jurisprudencial, que no es deslegitimado, y además se trata de personas que gozan de especial protección del Estado por pertenecer a la tercera edad y estar en condición de vulnerabilidad; agrega ejemplos concretos, como el caso de Luis Francisco García sobre el que existe una diferencia de \$13.593 mensual para un retroactivo total de \$34.087.841, Gilberto Maldonado Carvajal con una diferencia de \$127.724, Elva Rosario con una diferencia de \$119.571 e Ismael Ureña con una diferencia de \$28.801.

- Que debe resaltar que la indexación es un mecanismo que siempre va a generar una diferencia, pues incluso el porcentaje que certifica el DANE en enero es distinto al de noviembre del mismo año, y si se indexa un valor en función de sus índices se genera una diferencia que es el reconocimiento aquí reclamado, que lo devengado en los últimos 12 meses inclusive va a generar una diferencia que debe garantizarse para evitar la pérdida de poder adquisitivo.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia fue adversa a los demandantes Ramón Cárdenas Rosas, Ramiro García y Ángel Alberto Guiches, respecto de quienes no se interpuso recurso de apelación, se conocerá en Grado de Jurisdiccional de Consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T.S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:** El apoderado de la parte actora expresó que la Indexación de la primera mesada es un tema histórico en el país, que

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

Que al analizar estas pretensiones, la Corte Constitucional ha dispuesto el reconocimiento al evidenciar la afectación del fenómeno inflacionario e identificado que no aplicarlo incurre en causal específica de procedencia de la acción contra providencia judicial, pues se está desconociendo un postulado constitucional que se deriva de los artículos 48 y 53 de la Constitución, ordenando en esos casos que se reconociera la indexación y se dispusiera el pago del retroactivo correspondiente, garantizándose la estabilidad financiera con la aplicación de la prescripción de las mesadas no reclamadas oportunamente pero no del derecho íntegro. Cita como ejemplo, la sentencia T-953 de 2013 donde la Corte al cuantificar las pensiones en salarios mínimos desde el otorgamiento a la actualidad, evidencia la pérdida de capacidad adquisitiva a partir de los factores salariales del año anterior y el promedio resultante.

Que en el caso concreto los testimonios recepcionados a CARLOS GENE CASTILLO y VILMA PEÑA ANGULO, manifiestan que la primera mesada se liquidó conforme el artículo 34 convencional y con los factores salariales del último año de servicios, pero matemáticamente no les asiste razón pues en estos componentes no se hizo la debida actualización monetaria para evitar la depreciación de esa primera mesada pensional, viéndose afectados por la devaluación monetaria del año anterior y esto es evidente al no contener la fórmula de CENS, una aplicación de la indexación de factores salariales como se exige en la jurisprudencia constitucional. Que las liquidaciones aportadas no fueron tachadas y evidencian el hallazgo matemático que da lugar a la pretensión.

Finalmente, insiste en que se revise con cuidado la situación del causante LUIS ALFREDO ROJAS, dado que se pudo encontrar que su reconocimiento se suscitó por decisión judicial y de forma retroactiva al 3 de marzo de 1994, cuando su último año de servicios fue en 1976, no siendo indexado el tiempo que transcurrió entre esas dos fechas y puede observarse con claridad en el bajo valor que le fue concedido, precisamente porque se concedió con un IBL no actualizado.

• PARTE DEMANDADA: El apoderado de CENS S.A. E.S.P. manifestó que la indexación solo tiene lugar cuando entre el tiempo en que se retira y se reconoce la pensión el trabajador se ve afectado por la pérdida de poder adquisitivo de su IBL, de manera que se corrija el efecto de la inflación y en estos casos todas las pensiones se reconocieron con máximo un mes de diferencia al retiro del servicio, por lo que no hay lugar a acceder a la solicitud de indexación; que el Tribunal se ha pronunciado previamente en este tipo de pretensiones y debe aplicarse el precedente horizontal. Hace énfasis en que los demandantes Ramón Cárdenas, Ramiro García y Ángel Wilches hacen parte de otro proceso ya resuelto y que en el caso del señor

Luis Alfredo Rojas, las pruebas no permiten evidenciar que tenga derecho a lo pretendido, siendo carga de la prueba del demandante.

6. 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.

7. PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

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

8. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si están llamadas a prosperar o no las pretensiones propuestas en la demanda que interpusieron cincuenta y ocho extrabajadores pensionados, contra la empresa CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., destinadas a reclamar que se disponga la indexación de la primera mesada pensional de cada uno para que se ordene el pago de las diferencias causadas, desde el reconocimiento de su pensión, hasta la fecha y se garantice así la pérdida del poder adquisitivo.

El juez *a quo*, *resolvió* negar las pretensiones por encontrar que había un grupo de pensionados con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, a los cuáles no se podía predicar obligación de indexación, mientras que, en los demás casos, no hubo diferencia entre el día del retiro y del ingreso en nómina para alegar pérdida del poder adquisitivo que corregir.

El apoderado de los demandantes se opone a las conclusiones del juzgador, argumentando que de los testimonios oídos se desprende que no se hizo indexación alguna al momento de liquidar las pensiones, que actualmente hay un criterio amplio sobre este tema y no se discrimina en la jurisprudencia sobre la fecha en que se adquirió el derecho ni tampoco si se trata de pensiones extralegales; así mismo, alega que no hubo un estudio individualizado sobre la condición de cada actor para verificar si el término de 12 meses que se promedió para liquidar la mesada fue adecuadamente indexado y garantizar así el pago de cualquier diferencia que se genere en favor de cada pensionado.

De manera preliminar, se advierte que el juez *a quo*, se abstuvo de emitir pronunciamiento sobre los demandantes Ramón Cárdenas Rosas, Ramiro García y Ángel Alberto Guiches, por existir pleito pendiente al evidenciarse que habían adelantado proceso por las mismas pretensiones anteriormente; respecto de los cuáles al no interponerse recurso de apelación se analiza el grado jurisdiccional de consulta y verificado el sistema SIGLO XXI de consulta de procesos, se identificó que estos actores habían interpuesto previamente acción judicial por las mismas pretensiones en proceso de radicado 54001310500220130034400 y este cursó su segunda instancia ante este Tribunal en partida 17.629, por lo que efectivamente existía pleito

pendiente y no puede existir pronunciamiento de fondo sobre estos actores, siendo a la fecha un proceso ya resuelto en segunda instancia y por lo tanto ahora existe es cosa juzgada sobre los mismos.

Dirigida la discusión en determinar si hay lugar o no a la indexación de la primera mesada de la pensión de jubilación extralegal reconocida a los demandantes por parte de su empleador, se hace necesario recordar que la indexación ha sido definida como un *“sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.”*¹

En esa medida, la actualización monetaria del valor de la primera mesada pensional, busca prever el detrimento que el transcurso del tiempo puede generar en la cantidad que sirve de base para liquidar la primera mesada cuando ella no concurre simultáneamente con la terminación del contrato y de allí que sea considerada por la jurisprudencia constitucional como un derecho superior del cual gozan los pensionados para que el valor de su mesada no pierda el poder adquisitivo y como una garantía al mínimo vital y móvil por cuanto evita un detrimento del patrimonio económico de las personas que gozan de una pensión, las cuales forman parte de la tercera edad, grupo que debe ser especialmente protegido de acuerdo a lo consignado en la Carta Magna.

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

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 20 de abril de 2007, Rad. 29470, dejó sentado que la indexación de la primera mesada procedía respecto de pensiones reconocidas a partir de la Constitución Política del año de 1991. Igualmente, sostuvo que no resultaba procedente la actualización del salario base de liquidación de pensiones convencionales.

Posteriormente, este criterio fue rectificado en la sentencia CSJ SL, 31 Jul 2007, Rad. 29022, donde extendió la indexación a las pensiones extralegales y, con tales fines, reiteró que la fuente de dicho derecho estaba dada en los principios de la Constitución Política de 1991, plasmados en los artículos 48 y 53. Más adelante, mediante sentencia SL736 del 16 de octubre de 2013, radicado No. 47709 modificó el otro criterio que hasta el momento había sostenido sobre la improcedencia de indexación a pensiones anteriores a la Constitución, para en su lugar, enunciar que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda era un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual y que al no haber prohibición expresa por el

¹ JIMÉNEZ DÍAZ, loc. cit., p. 25.

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

Fluye de este recuento, que erró el juez *a quo*, al excluir del análisis de fondo a los actores que adquirieron su derecho pensional antes del año 1991, por cuanto, la postura jurisprudencial vigente, establece que el acceso a la indexación de la primera mesada puede afectar a todos los tipos de pensiones, sin que exista prohibición expresa frente a la fecha de reconocimiento y esta discriminación de aplicarse resultaría injusta y contraria al principio de igualdad. Por lo que se hace necesario analizar también frente a los pensionados con anterioridad a la Constitución de 1991, si existe una corrección monetaria que deba ser corregida.

Para proceder con esta actividad, se tiene que el órgano de cierre ordinario de la misma manera fijó la fórmula matemática utilizada para la indexación de la base salarial de las mesadas pensionales en la sentencia del 13 de diciembre de 2007, Rad. 31.222, reiterada en la del 28 de enero de 2008, rad. 30809. Tal corresponde a:

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

- VA = IBL o Valor actualizado
- VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado
- IPC Final = Índice de precios al consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión
- IPC Inicial = Índice de precios al consumidor de la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

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

No.	Demandante	Acto que reconoce pensión	Fecha de retiro	Fecha de ingreso a nómina
1	CARMEN ALICIA RODRÍGUEZ como curadora de JUAN DE DIOS CRUZ AGUILAR	Resolución No. 489 del 29 de noviembre de 1985 (Fol. 79)	19 de noviembre de 1985	19 de noviembre de 1985
2	LUIS JESÚS VESGA RONDÓN	Decisión empresarial No. 039 del 11 de julio de 2003 (Fol. 90-93)	17 de junio de 2003	17 de junio de 2003

3	PEDRO ANTONIO EUGENIO BECERRA	Decisión gerencial No. 014 del 9 de agosto de 2002 (Fol. 1269-1273)	9 de julio de 2002	10 de julio de 2002
4	GERARDO CANAL PERDOMO	Decisión empresarial No. 058 del 17 de agosto de 2010 (Fol. 100-101)	30 de julio de 2010	30 de julio de 2010
5	JOSÉ GUSTAVO CAICEDO DÍAZ	Resolución No. 068 del 25 de septiembre de 1998 (Fol. 104-107)	9 de septiembre de 1998	10 de septiembre de 1998
6	DARÍO CABALLERO	Resolución No. 552 del 19 de julio de 1988 (Fol. 109-111)	30 de junio de 1988	1 de julio de 1988
7	MARÍA DÁVILA DE ROJAS como sustituta de LUIS ALFREDO ROJAS GARCÍA	Luis: Decisión empresarial No. 032 del 2 de mayo de 2011 (Fol. 118-122 y 1314-1317) María: Decisión empresarial No. 048 del 12 de septiembre de 2013 (Fol. 113-116)	20 de abril de 1976	3 de marzo de 1994
8	ANA EVELIA RAMÍREZ VALE como sustituta de CARLOS LUIS RAMÍREZ	Carlos: Resolución No. 0044 del 1 de agosto de 1974 (Fol. 180) modificada en resolución No. 425 de	31 de julio de 1974	1 de agosto de 1974

		1988 9por evolución económica. Ana: Decisión gerencial No. 022 del 15 de noviembre de 2000 modificada por No. 003 del 2 de febrero de 2001 (Fol. 182-192)		
9	JORGE ELIÉCER MELO ZAPATA	Decisión gerencial No. 027 del 12 de diciembre de 2001 (Fol. 172-175)	25 de noviembre de 2001	26 de noviembre de 2001
10	CARLOS FRAGOZO CRESPO	Decisión empresarial No. 111 del 19 de octubre de 2007 (Fol. 1347-1350)	24 de septiembre de 2007	24 de septiembre de 2007
11	CARMEN ALICIA HERNÁNDEZ DE VILLAMIZAR como sustituta de ROGELIO VILLAMIZAR GÓMEZ	Rogelio: Resolución No. 0010 del 20 de agosto de 1982 (Fol. 165-166) Carmen: Decisión gerencial No. 011 del 18 de mayo de 2000 (Fol. 167-169)	15 de agosto de 1982	16 de agosto de 1982
12	MIRIAM ESTHER BETANCOURT VISBAL sustituta de GELAR HERNANDO ALBA	Gelar: Decisión gerencial No. 032 del 11 de junio de 2004 (Fol. 1374-1378)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003

		Miriam: Decisión empresarial No. 046 del 20 de abril de 2009 (Fol. 1380-1383)		
13	ERNESTO MANTILLA GONZÁLEZ	Decisión gerencial No. 006 del 10 de febrero de 2004 (Fol. 1401-1405)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
14	RAMÓN OSWALDO PEÑA AMAYA	Decisión gerencial No. 051 del 6 de agosto de 2004	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
15	WILLIAM ARMANDO FORGUIONE	Decisión empresarial No. 078 del 21 de agosto de 2007 (Fol. 1444-1447)	12 de agosto de 2007	13 de agosto de 2007
16	FLOR ELBA CARRILLO como sustituta pensional de LUIS FRANCISCO GARCÍA	Luis Francisco: Resolución No. 029 del 27 de enero de 1987 (Fol. 271-273) Flor Elba: Decisión empresarial No. 092 del 9 de noviembre de 2010 (Fol. 158-161)	30 de diciembre de 1986	30 de diciembre de 1986
17	GILBERTO MALDONADO CARVAJAL	Decisión gerencial No. 020 del 12 de diciembre de 2002 (Fol. 152-155)	27 de noviembre de 2002	28 de noviembre de 2002

18	ELBA DEL ROSARIO ACERO JAUREGUI	Decisión empresarial No. 106 del 26 de diciembre de 2004 (Fol. 146-150)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
19	AURORA SÁNCHEZ IBÁÑEZ sustituta de ISMAEL UREÑA TOVAR	Ismael: Resolución No. 023 del 28 de diciembre de 1981 (Fol. 1504-1505) Aurora: Decisión empresarial No. 084 del 11 de octubre de 2010. (Fol. 1507-1509)	27 de diciembre de 1981	28 de diciembre de 1981
20	JOSÉ HERIBERTO MENDOZA RUIS	Resolución No. 196 del 9 de diciembre de 1997 (Fol. 142-144)	18 de noviembre de 1997	19 de noviembre de 1997
21	NUBIA ISELA MENDOZA DE ARION sustituta de SAMUEL DARÍO ARION MORENO	Samuel: Resolución No. 008 del 30 de junio de 1982 (Fol. 1519-1520) Nubia: Decisión empresarial No. 063 del 10 de julio de 2007 (Fol. 1523-1526)	21 de junio de 1982	22 de junio de 1982
22	MARIO ORLANDO LÓPEZ JIMÉNEZ	Decisión empresarial No. 062 del 20 de agosto de 2010 (Fol. 1529-1532)	21 de junio de 2010 (Fol. 1535)	22 de junio de 2010

23	LUIS ISIDRO SANDOVAL VILLAMIZAR	Decisión empresarial No. 052 del 6 de agosto de 2004 (Fol. 130)	24 de octubre de 2003 (Fol. 1540)	25 de octubre de 2003
24	OSCAR SÁNCHEZ MOLINA	Decisión empresarial No. 072 del 10 de noviembre de 2003 (Fol. 124-127)	19 de octubre de 2003	20 de octubre de 2003
25	ORLANDO EMIRO CONTRERAS VELASCO	Resolución No. 626 del 23 de agosto de 1988 (Fol. 1031-1033)	8 de agosto de 1988	8 de agosto de 1988
26	BENITO HACL PARADA ARCINIEGAS	Decisión empresarial No. 082 del 10 de diciembre de 2003 (Fol. 193-197)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
27	YESID JAIMES	Resolución No. 004 del 31 de enero de 1979 (Fol. 200-201)	30 de enero de 1979	31 de enero de 1979
28	JESÚS EFRAÍN IBARRA OCHOA	Decisión empresarial No. 094 del 16 de diciembre de 2003 (Fol. 204-208)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
29	LIGIA MATILDE RIVERA BLANCO	Resolución No. 798 del 17 de julio de 1991 (Fol. 211-213)	23 de junio de 1991	24 de junio de 1991
30	ELVA MARÍA LUNA DURAN como sustituta de ELIAS YAÑEZ ZAFRA	Elías: Resolución No. 004 del 1 de marzo de	28 de febrero de 1982	1 de marzo de 1982

		1982 (Fol. 215-216) Elva: Decisión empresarial No. 035 del 21 de junio de 2012 (Fol. 217-219)		
31	VÍCTOR JULIO CALDERÓN ROMERO	Resolución No. 1670 del 13 de diciembre de 1995 (Fol. 222-225)	26 de noviembre de 1995	27 de noviembre de 1995
32	LUIS DOMINGO MALDONADO	Resolución No. 009 del 10 de febrero de 1983 (Fol. 1118-1119)	9 de febrero de 1983	10 de febrero de 1983
33	LUIS HORACIO DURÁN VILLARUEL	Decisión empresarial No. 108 del 8 de septiembre de 2009 (Fol. 1123-1129)	17 de agosto de 2009 (Fol. 1135)	18 de agosto de 2009
34	LUIS ALBERTO CRIADO ARIAS	Resolución No. 1828 del 23 de diciembre de 1994 (Fol. 240-243)	30 de noviembre de 1994	1 de diciembre de 1994
35	MARINA FIGUEROA VILLAMIZAR sustituta de ANGEL MARÍA DÍAZ ORTIZ	Ángel: Resolución No. 822 del 5 de julio de 1994 (Fol. 1153-1155) Marina: Decisión gerencial No. 003 del 13 de febrero de	30 de junio de 1994	1 de julio de 1994

		2002 (Fol. 1148-11151)		
36	MARÍA DEL CARMEN PÉREZ DE MOGOLLÓN sobreviviente de EDUARDO MOGOLLÓN PRADILLA	Resolución No. 00022 del 21 de enero de 1985 (Fol. 1159-1161)	25 de octubre de 1984	26 de octubre de 1984
37	LUIS EDUARDO RAMÍREZ PRADA	Resolución No. 553 del 22 de julio de 1988 (Fol. 1163-1165)	5 de julio de 1988	5 de julio de 1988
38	GILBERTO ROJAS MARCIALES	Resolución No. 023 del 23 de diciembre de 1982 (Fol. 1168-1169)	22 de diciembre de 1982	23 de diciembre de 1982
39	JOSÉ RAMIRO RICO	Resolución No. 1078 del 7 de octubre de 1991 (Fol. 1177-1179)	31 de octubre de 1991	1 de octubre de 1991
40	GOTARDO AYALA BARRERA	Resolución No. 039 del 18 de enero de 1988 (Fol. 1184-1186)	18 de diciembre de 1987	18 de diciembre de 1987
41	LUIS FRANCISCO MONTES CONTRERAS	Decisión Gerencial No. 012 del 2 de mayo de 2001 (Fol. 1189-1191)	5 de abril de 2001	6 de abril de 2001
42	CELESTINO LEÓN CONTRERAS	Resolución No. 801 del 19 de octubre de 1992 (Fol. 1207-1209)	30 de septiembre de 1992	1 de octubre de 1992
43	PEDRO PABLO LEÓN CONTRERAS	Resolución No. 933 del 21 de agosto de 1991 (Fol. 1210-1211)	4 de agosto de 1991	5 de agosto de 1991
44	VÍCTOR MANUEL LEAL SANTAMARÍA	Decisión empresarial No. 076 del 2 de septiembre de 2004	21 de noviembre de 2004	22 de noviembre de 2004

		de 2011 (Fol. 245-248)		
45	LUIS FERNANDO PALENCIA MANOSALVA	Decisión empresarial No. 090 del 12 de diciembre de 2003 (Fol. 256-260)	24 de octubre de 2003	25 de octubre de 2003
46	CARMEN RINCÓN DE PABÓN como sustituta de MARTÍN PABÓN	Martín: Resolución No. 026 del 30 de diciembre de 1981 (Fol. 268-269) Carmen: Decisión empresarial No. 052 del 7 de julio de 2020 (Fol. 265-267)	29 de diciembre de 1981	30 de diciembre de 1981
47	CARLOS JOSÉ LARA ORTIZ	Resolución No. 107 del 21 de enero de 1994 (Fol. 1161-1164)	26 de diciembre de 1993	26 de diciembre de 1994
48	JOSÉ DEL CARMEN VILLAMIZAR OMAÑA	Resolución No. 011 del 31 de agosto de 1981 (Fol. 281-283)	31 de agosto de 1981	1 de septiembre de 1981
49	IRMA ROSA MARTÍNEZ DELGADO como sustituta de FELIX JOAQUÍN ESPINOSA RIVERA	Félix: Resolución No. 009 del 18 de abril de 1979 (Fol. 285-286) Irma: Decisión gerencial No. 007 del 21 de	19 de marzo de 1979	20 de marzo de 1979

		abril de 2003 (Fol. 287-291)		
50	MATILDE BÁEZ DE CAÑAS como sustituta de CARLOS CAÑAS GONZÁLEZ	Carlos: Resolución No. 800 del 19 de octubre de 1992 (Fol. 1193-1195) modificada por resolución 442 del 19 de abril de 1994 (Fol. 293-295) Matilde: Decisión empresarial No. 033 del 20 de abril de 2007 (Fol. 296-299)	30 de septiembre de 1992	1 de octubre de 1992
51	JORGE MENESES AMAYA	Resolución No. 648 del 5 de agosto de 1993 (Fol. 316-318)	5 de julio de 1993	1 de agosto de 1993
52	ALIRIO SÁNCHEZ RAMÍREZ	Decisión gerencial No. 002 del 7 de febrero de 2003 (Fol. 1215-1218)	14 de enero de 2003	15 de enero de 2003
53	LUIS ALFREDO PABÓN	Decisión empresarial No. 004 del 31 de enero de 2005 (Fol. 251-254)	30 de noviembre de 2004	1 de diciembre de 2004
54	JESÚS MARÍA RAMÍREZ PRADA	Resolución No. 1673 del 13 de diciembre de 1995 (Fol. 325-328)	27 de noviembre de 1995 (Fol. 1243)	27 de noviembre de 1995

55	JORGE ANTONIO GÓMEZ NÚÑEZ	Resolución No. 003 del 23 de febrero de 1982 (Fol. 1248-1249)	22 de febrero de 1982	23 de febrero de 1982
----	------------------------------	---	-----------------------------	--------------------------

Conforme este recuento de los 53 de los demandantes, se evidencia, que, entre la fecha de retiro y la fecha de reconocimiento pensional, apenas transcurrió un día, en uno de esos casos fueron 25 días y solo uno de los actores acredita un curso de tiempo considerable entre el retiro y el reconocimiento pensional; por lo que procederá la Sala a analizar estas tres situaciones de manera particular.

En primer lugar, para los 53 actores donde se evidencia que transcurrió un día entre el retiro y el reconocimiento, debe decirse que el concepto de indexación implica advertir que un trabajador sufre la afectación del paso del tiempo entre la fecha de retiro y el cumplimiento total de requisitos para acceder al reconocimiento pensional, pues al momento de calcular el ingreso base de liquidación previo a aplicar la tasa de reemplazo, no se corrige la depreciación monetaria del promedio del salario y con ello, se impide al trabajador acceder a una pensión actualizada frente a la pérdida de capacidad adquisitiva que sufrió la moneda en el referido lapso.

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

Frente a la inconformidad en particular del apelante, sobre la necesidad de actualizar todos y cada uno de los componentes salariales del promedio base de liquidación, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1145 de 2020 al preguntarse si *“es viable actualizar los salarios utilizados para establecer el ingreso base de liquidación de una pensión que se reconoce a partir del día siguiente de la terminación de la relación laboral”* indica que desde tiempo atrás ha precisado que *“ello es improcedente en tales eventos, bajo el entendido que en esas circunstancias el IBC no sufre la pérdida del poder adquisitivo, por cuanto no discurre tiempo entre la terminación del vínculo y el disfrute de la prestación”*.

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

De esta manera, no le asiste razón al apelante cuando plantea que debe garantizarse hasta el más mínimo y posible índice de corrección monetaria mensual al promediar los salarios del año anterior al retiro, pues este reclamo no se identifica con la naturaleza de la pretensión de indexación de

primera mesada pensional; esto en razón a que la mínima pérdida de capacidad adquisitiva que protege el ordenamiento jurídico es anual, y así, cuando el promedio salarial se identifica con el último año trabajado no puede identificarse corrección alguna que deba cubrirse.

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

Es por ello, que resultaría inoficioso aplicar uno a uno, la fórmula para verificar que no exista pérdida de capacidad adquisitiva para estos 53 demandante, pues al momento de ejecutar la operación matemática el cuociente resultante entre el IPC final –estructuración del derecho- y el IPC inicial –data del último salario o desvinculación- será 1 y al multiplicar este por el promedio de lo devengado en el último año, el salario base para liquidar la pensión sería exactamente el mismo.

Por ejemplo, en el caso del señor JUAN DE DIOS CRUZ AGUILAR se tiene que el IPC para el año 1985 es 2.37, y como la fecha inicial y final se corresponden con el mismo año, se cuenta con el mismo índice y la fórmula arrojará que el valor actualizado es el mismo al valor histórico, como se observa en el siguiente cuadro:

Cálculo de Cantidad Única Indexada				
	AÑO	*MES		
Fecha Final:	1985	11	IPC - Final	2,37
Liquidado Desde:	1985	11	IPC - Inicial	2,37
Capital-VH:	\$ 57.698,55			
VALOR ACTUALIZADO	\$ 57.698,55			

*Fórmula utilizada: VA = VH x (IPC. F / IPC.I)	
VA= Valor Actualizado	$VA = 57.698,55 \times \frac{2,37}{2,37}$
VH= Valor Histórico (Capital)	$VA = 57.698,55 \times 1$
IPC.F= IPC FINAL	$VA = 57.698,55$
IPC.I= IPC INICIAL	

Esta situación se repetirá caso a caso para los otros 52 actores a quienes se les reconoció la pensión el mismo día o el día siguiente a la finalización del contrato de trabajo, por lo que no era necesario desgastarse aplicando la fórmula de manera individualizada, incluyendo los casos particularmente resaltados en el recurso (William Forguioni, Luis Francisco García, Gilberto Maldonado, Elba Rosario e Ismael Ureña), quienes en todos los casos accedieron a su derecho pensional el día inmediatamente siguiente a su retiro.

Frente al señor **JORGE MENESES AMAYA** se advierte que fue pensionado con una mesada de \$357.739,50, finalizó su relación el 5 de julio de 1995 y

se le reconoció la pensión el 1 de agosto de 1995, transcurriendo 25 días entre ambas fechas, se tiene la siguiente situación:

Cálculo de Cantidad Única Indexada				
	AÑO	*MES		
Fecha Final:	1995	7	IPC - Final	21,83
Liquidado Desde:	1995	8	IPC - Inicial	21,83
Capital:	\$ 357.739,50			
VALOR ACTUALIZADO	\$ 357.739,50			

*Fórmula utilizada: VA = VH x (IPC. F / IPC.I)	
VA= Valor Actualizado	$VA = 357.739,50 \times \frac{21,83}{21,83}$
VH= Valor Histórico (Capital)	$VA = 357.739,50 \times 1$
IPC.F= IPC FINAL	$VA = 357.739,50$
IPC.I= IPC INICIAL	

Lo anterior reitera el precepto que se ha expuesto, si bien transcurrieron 25 días entre la fecha de retiro y el reconocimiento pensional, al momento de aplicar esta diferencia en la fórmula legal no se genera corrección monetaria alguna, pues el índice de precios al consumidor que se usa en ambas fechas es el mismo y no genera diferencia que reconocer.

Finalmente, solo queda por analizar el caso de la señora MARÍA DÁVILA DE ROJAS como sustituta del Señor LUIS ALFREDO ROJAS GARCÍA, que es el único donde existe un lapso de tiempo considerablemente extenso entre la cusación del derecho - **20 de abril de 1976** - y el reconocimiento efectivo del derecho - 3 de marzo de 1994 - que encuentra su razón en que dicha pensión solo fue reconocida como resultado de proceso ordinario laboral iniciado por el señor ROJAS GARCÍA contra CENS S.A. E.S.P. y por el cual se afirmó por parte de la demandada, que existía COSA JUZGADA frente a las pretensiones resueltas en ese momento.

Al respecto, debe decirse, que conforme decisión empresarial No. 032 del 2 de mayo de 2011 la demandada reconoció al Señor LUIS ALFREDO ROJAS GARCÍA, pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 3 de marzo de 1994 en cuantía de \$98.700, es decir, el salario mínimo mensual legal vigente de la época y en este documento se establece que el reconocimiento se hace por orden judicial, dictada en decisión del 16 de febrero de 1998 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta el 28 de agosto de 1998 y por la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral.

Al respecto, vemos que el artículo 303 del Código General del Proceso prevé la existencia de la cosa juzgada así *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.”*

Así las cosas, para que exista cosa juzgada debe presentarse las reglas de las tres identidades, esto es, coincidencia de objeto, causa y sujetos, ya que tal institución se funda en el principio del non bis in ídem, que se erige para darle fuerza vinculante a las determinaciones adoptadas por los juzgadores,

bajo la certeza de que aquellas se vuelven definitivas e inmutables y, por tanto, impide que los litigios se reabran, so pena de lesionar gravemente el orden social y la seguridad jurídica, al no poderse concretar las situaciones de derecho (SL2166 -2018).

Ahora bien, en aras de establecer los temas analizados y resueltos en el proceso ordinario laboral anteriormente adelantado se dispuso oficiar al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta y las partes para que aportaran copia de esa actuación judicial, pero el despacho certificó mediante la Oficina de Archivo que no fue posible ubicar el mismo y de las partes solo se aportó el fallo de segunda instancia.

En este se evidencia que se confirmó la siguiente condena de primera instancia:

“1°- Condenar a CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A., a pagar a LUIS ALFREDO ROJAS GARCÍA, a partir del 3 de marzo de 1994, una pensión vitalicia y en cuantía no inferior al mínimo legal vigente, por las razones expuestas en la parte motiva.

2°- Ordenar a CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A., suministre a LUIS ALFREDO ROJAS GARCÍA los servicios médico-asistenciales que demande y como consecuencia de la condena dispuesta en el numeral primero, por las razones dadas en la parte motiva.

3°.- Costas a cargo de la demandada”

En las consideraciones se establece que la petición de la demanda es *“...otorgue al actor la pensión vitalicia de jubilación, que se cancelen las mesadas atrasadas, que se reconozca la indexación, que se le dé asistencia médica al pensionado y su familia”.*

En el presente caso, se tiene que la pretensión gira en torno a la solicitud de indexación de la primera mesada pensional, para que se ordene la corrección de pérdida de capacidad adquisitiva suscitada entre la fecha de retiro y la fecha de disfrute de la pensión.

De la lectura del artículo 303 del C.G.P. se desprenden tres elementos: (i) **identidad de personas o sujetos**, (ii) **identidad de objeto o cosa pedida** y (iii) **identidad de causa para pedir**; de manera que al presentarse nuevamente dichos elementos dentro de una posterior proposición planteada ante los estrados judiciales, pone de presente la imposibilidad jurídica de efectuar pronunciamiento alguno, dado que ya se había decidido judicialmente.

Por lo anterior, respecto del caso objeto de estudio se tiene:

- (i) Como parte activa el señor LUIS ALFREDO ROJAS GARCÍA, intereses aquí representados por su sustituta pensional MARÍA DÁVILA DE ROJAS y pasiva la empresa CENS S.A. E.S.P.
- (ii) Como causa la relación laboral suscitada entre las partes y si de ella se deriva el derecho a pensión de jubilación convencional.

- (iii) Como objeto, en la primera se solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación con su respectivo retroactivo, indexado a la fecha de pago y reconocimiento de servicios de salud; en el presente caso, se solicita la indexación de la primera mesada pensional.

Según este recuento, si bien existe identidad de partes y de causa, en el objeto se identifica una variación sustancial que impide la declaratoria de cosa juzgada; en la medida que, la indexación referida en el proceso de 1998 versaba sobre la actualización del valor del retroactivo a la fecha efectiva de pago y esto no puede confundirse con la petición de verificar que al momento del reconocimiento, se tuvieran en cuenta los factores salariales del trabajador debidamente indexados al momento del disfrute. Por lo que la excepción de cosa juzgada no está llamada a prosperar.

Analizando de fondo la pretensión de indexación de primera mesada pensional, se evidencia que CENS S.A. E.S.P. aportó certificado de los valores percibidos por el trabajador en su último año de servicios y que afirma sirvieron de base para la liquidación definitiva de prestaciones; al tiempo, que certificó que la mesada pensional reconocida al señor ROJAS GARCÍA y su sustituta pensional, siempre ha sido equivalente al mínimo legal mensual vigente.

Esto último implica que necesariamente la pretensión de indexación de primera mesada pensional no está llamada a prosperar, pues la actuación de CENS S.A. E.S.P. al reconocer este valor implica que su liquidación arrojaba un valor inferior al mínimo legal y por ende no era posible aplicarla.

Agregado a lo anterior, no es procedente por parte de la Sala de Decisión entrar a valorar si efectivamente al señor ROJAS GARCÍA, le correspondía la mesada pensional equivalente al mínimo legal o si era superior, para así valorar una posible indexación de primera mesada, dado que la reliquidación total de la mesada pensional por no corresponder a los salarios y prestaciones efectivamente recibidos en la relación laboral, es un asunto ajeno a este litigio y que no es susceptible de ser analizado, so pena de vulnerar los principios procesales de congruencia y consonancia, contenidos en los artículos 280 a 282 del C.G.P. y 66A del C.P.T.Y.S.S.

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

9. 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,

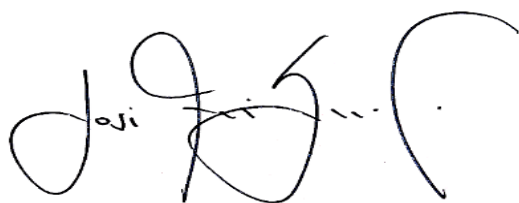
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y en consulta del 9 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, conforme se expuso en la parte motiva.

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



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 036, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2017-00124-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18570
DEMANDANTES: JOSÉ LUIS NEIRA POLANIA-MARU DARLYN FINO GARCÍA
DEMANDADO: COOPERATIVA MULTIACTIVASUMIN COOPSUMIN
TEMA: -CULPA PATRONAL-pago de indemnizaciones
Ref.: CONSULTA

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Se resuelve el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha 23 de abril de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, con radicado interno No. 54-001-31-05-002-2017-00124-00 y Partida del Tribunal No. 18570 promovido por el señor JOSÉ LUIS NEIRA POLANÍA y la señora MARY DARLYN FINO GARCÍA a través de apoderado judicial, contra la COOPERATIVA MULTIACTIVA SUMIN COOPSUMIN y solidariamente contra la señora LUZ MARINA ROSAS LUNA y la SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL EXCOMIN S.A.S. representada legalmente por la señora RUTH YURDARU MENDOZA TORRES.

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

I. ANTECEDENTES

Los demandantes por intermedio de apoderado judicial interpusieron demanda ordinaria laboral contra la COOPERATIVA MULTIACTIVA SUMIN COOPSUMIN y solidariamente contra la señora LUZ MARINA ROSAS LUNA y la SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL EXCOMIN S.A.S. representada legalmente por la señora RUTH YURDARU MENDOZA TORRES, para que sean condenadas al pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios por pérdida de capacidad laboral definitiva generada por el accidente de trabajo y enfermedad profesional en la suma de \$256.491.185, más los perjuicios morales indexados; al pago de \$1'600.000 por concepto de salario "realidad" dentro del contrato de laboral; al pago de los saldos pendientes por concepto de pago de retroactivo de

prestaciones sociales legales de primas y vacaciones pagadas de manera indexada al trabajador durante el término de la incapacidad, esto es, desde el 29 de julio de 2015 hasta la actualidad y de manera indexada; al pago de la SSSG por el valor restante; al pago de las costas procesales.

II. HECHOS.

El demandante fundamenta sus pretensiones en que inicio a trabajar con la COOPERATIVA COOPSUMIN desde el 22 de septiembre de 2014 relación que continua vigente, prestó los servicios en el corregimiento de la Don Juana, realizaba labores de Tamborero, que el salario es de \$1'600.000.00 mensual, que el examen de ingreso no mostró ninguna patología, que tiene capacitación en salud ocupacional, que la empresa no realizó inducción al cargo, tampoco respecto a los procedimientos de trabajo ergonómico seguro, ni le realizó exámenes ocupacionales periódicos, que no le entregaron elementos de protección, que el dos de abril de 2015 sufrió un accidente de trabajo en la mina y luego fue trasladado a la mina FORTALEZA 1 en el corregimiento de San Faustino Vereda Santa Cecilia ejerciendo el titulo de minero pero tampoco recibió capacitación de ninguna clase y no existía un coordinador de trabajos en alturas, ni había comité de salud ocupacional, que el 28 de julio de 2015 sufrió accidente de trabajo cayendo de 8 metros, que al momento del accidente no tenía elementos de protección, que las tablas estaban en mal estado, que se realizó el reporte del accidente en la ARL POSITIVA, que ingresó nuevamente a laboral el 11 de septiembre de 2015 cayó al subir madera al tambor 10 manto 30 de la mina y no contaba con ningún elemento de protección y la JRCI lo calificó con PCL del 23.21% y actualmente recibe un auxilio económico de \$644.350.00 y no se la cotiza a pensión de vejez.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.

LA COOPERATIVA MULTIACTIVA SUMIN COOPSUMIN y **la SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL EXCOMIN S.A.S.** a través de su apoderada judicial contestaron la demanda negando parcialmente los hechos y oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en su contra, proponiendo las excepciones de fondo de cumplimiento cabal de todas las obligaciones legales; alegando que, es cierto que el señor José Luis Neira Polanía ingreso a trabajar el 22 de septiembre de 2014, que debido a las condiciones de salud, la empresa ha suscrito un contrato de trabajo a término fijo de siete meses desde el 1º de junio de 2015 pagando la asignación salarial y los aportes a la seguridad social integral, que el trabajador fue contratado para el cargo de minero de oficios varios, que la asignación mensual es de \$737.717 como consta en el contrato de trabajo y demás contestaciones a los hechos vistas a folios 552-562 del expediente.

La demandada LUZ MARINA ROSAS LUNA a través de curador ad litem contestó la demanda (fls.248-249) manifestando que no le constan los hechos y se abstuvo de formular excepciones de mérito.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Tramitada la Litis, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del 23 de abril de 2019, absolvió a los demandados COOPERATIVA MULTIACTIVA SUMIN COOPSUMIN, y a la señora Luz Marina Rosas Luna de todas las pretensiones incoadas en su contra por los señores José Luis Neira Polanía y Mary Darlyn Fino García y no condenó en costas procesales.

La Juez A quo fundamentó su decisión teniendo en cuenta que, del análisis de las pruebas documentales aportadas, las minas demandadas, desvirtuaron la responsabilidad subjetiva o culpa patronal que le imputan los demandantes, y por lo tanto no puede presumirse que el empleador haya obrado de manera negligente o poco diligente en la instrucción sobre medidas de seguridad de las personas que emplea ordinariamente.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Una vez vencido el término para presentar alegatos, se procederá a resolver el conflicto, conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Competencia.

Conforme a lo previsto en el inciso 2º del Art. 69 del CPT y SS modificado por el art. 14 de la Ley 1149/2007, esta Sala es competente para surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante.

Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta que no existe discusión respecto a la relación de carácter laboral entre el demandante JOSÉ LUIS NEIRA POLANÍA en calidad de trabajador y la COOPERATIVA MULTIACTIVA SUMIN COOPSUMIN en calidad de empleador, además, de los extremos laborales, esto es, desde el 22 de septiembre de 2014 hasta la presentación de la demanda, luego entonces, el problema jurídico a resolver en esta instancia es:

Establecer si se configuró la culpa patronal, en el accidente padecido por el demandante, en consecuencia, analizar si es procedente la condena por indemnización plena de perjuicios. Así mismo, determinar si se encuentra demostrado que el salario devengado por el actor durante la relación laboral es de \$1'600.000.00, como se alega en la demanda, en dado caso, sería procedente reajustar las sumas pagadas por este concepto y las prestaciones sociales junto con los aportes a la seguridad social en pensión.

Libre apreciación de las pruebas.

Previo a resolver el asunto, se hace importante recordar que conforme al art. 61 del C.P.T. y S.S., los jueces de instancia gozan de la facultad de apreciar libremente los medios de convicción para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, con fundamento en las pruebas que más los induzcan a hallar la verdad y con base en la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, salvo que sus apreciaciones se alejen de la lógica de lo razonable o atenten marcadamente contra la evidencia.

En este sentido, se tiene que el Juez de primera instancia absolvió a los demandados de la culpa patronal prevista en el art. 216 del CST, manifestando que el demandante no demostró las circunstancias en las que ocurrió el incumplimiento patronal en relación con la ocurrencia del accidente, que a pesar de haberse demostrado el suceso laboral que generó en el demandante una PCL, el empleador COOPSUMIN logró desvirtuar lo alegado por la parte actora, esto es, demostró que cumplió con las medidas de seguridad, que realizaba la inducción y capacitación sobre el desempeño de las actividades al personal, realizada por la ARL correspondiente.

Culpa Patronal.

Así las cosas, 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”.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL9355 del 21 de junio de 2017 siendo Magistrada Ponente la Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO señaló:

“la condena a la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 Código Sustantivo del Trabajo, debe estar precedida de la culpa

suficiente del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia de su negligencia en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores”.

En efecto, conforme a los numerales 1º y 2º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, es deber del empleador poner a disposición de los trabajadores los instrumentos necesarios para la realización de sus labores y procurarles elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales, de forma tal que se garantice razonablemente la seguridad y la salud.

Las anteriores obligaciones se ratifican en el artículo 348 del mismo código: «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».

En este sentido, la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, reiterada en las sentencias del 16 de abril de 2016, SL5619-Radicado 47907 y SL1525 del 2017 entre otras, indica:

La prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, según las reglas de la carga de la prueba, lo que significa que demostrada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, se genera la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados, y teniendo en cuenta que de conformidad con lo consagrado en el art. 1604 del Código Civil la prueba de la «diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», si el empleador pretende cesar o desvirtuar su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquella, tal como lo dispone el art. 1757 ibidem.

Frente a este aspecto puntual de la carga de la prueba en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, en sentencia de la CSJ SL13653-2015 del 7 oct. 2015, se puntualizó que «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, ... ha dicho que 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)**», lo que quiere decir que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por

excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., 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».

Igualmente, la misma corporación en sentencia SL14420 de 2014 señaló en sus apartes pertinentes respecto a las causales eximentes de la responsabilidad del empleador lo siguiente:

La causalidad, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, además de ser un elemento *sine qua non* de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él. De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina *causas ajenas*), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su establecimiento, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa.

De los apartes jurisprudenciales anteriormente transcritos, en principio para acceder a la indemnización plena de perjuicios prevista en el art. 216 del CST, se exige al trabajador demostrar la culpa o la negligencia del empleador, pues no basta con la simple afirmación genérica de la falta de vigilancia y control del programa de salud ocupacional, sin embargo, cuando se trata de un acto de omisión por parte del empleador y como consecuencia se produjo el accidente o enfermedad laboral, la carga de la prueba se invierte, y es a éste último a quien le corresponderá probar que actuó con diligencia y precaución para proteger la salud y la integridad de sus trabajadores.

Caso en concreto.

Descendiendo al caso analizado, se tiene que, las partes aportaron las siguientes pruebas documentales, válidas al no ser tachadas de falsedad:

El demandante allegó, los siguientes documentos pertinentes: **(i)** que los días 28 de julio y 11 de septiembre de 2015 fueron reportados ante la ARL POSITIVA, dos accidentes de trabajo sufridos por el actor como consecuencia de caídas de un tambor 10 manto 30 (fls.50-51), **(ii)** que la JRCI de Norte de Santander valoró al demandante y en dictamen No.1040/2016 determinó una PCL 23.21%, con diagnóstico de contusión de tórax, hombro, brazo, luxación acromioclavicular y lumbago de origen LABORAL (fls.146-149); **(iii)** también aportó recibos de pago de

compensaciones o salarios tal como lo menciona del demandante (fls.39-47), **(iv)** historia clínica (fls.53-144).

La parte demandada COOPSUMIN aportó: **(i)** los contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año: 1) desde el 22 de septiembre de 2014 hasta el 21 de diciembre de 2014, 2) del 26 de enero de 2015 hasta el 25 de julio de 2015 y 3) desde el 1º de julio de 2015 hasta el 30 de diciembre de 2015 (fls.274-282); de donde se extrae que el cargo ejercido es de MINERO y el salario devengado es de un salario mínimo mensual legal para cada año. **(ii)** Concepto de examen médico ocupacional de ingreso al trabajador por parte de la empresa ASSOT (fl.287), **(iii)** registro de inducción a trabajadores, constancia de inducción, evaluación de inducción COOPSUMIN suscritas por el demandante (fls.288-314), **(iv)** registro de entrega de elementos de protección personal que consta de guantes, filtros, mascarilla, botas recibidas por el actor (fls.315-317), **(v)** a folio 321 se aportó una declaración firmada por el demandante donde manifestó que para el momento del accidente el 11 de septiembre de 2015 se encontraba en M-30 subiendo madera, **cuando apoyó el pie se resbaló y cayó de espalda**, que estaba usando el casco, la lampara, las botas, los guantes y la mascarilla, así mismo, manifestó que debía **“tener precaución al momento de apoyar el pie”** (fl.321), incapacidades médicas del 2015 (fls.323-327); formatos de charlas de seguridad, pausas activas y uso de elementos de seguridad firmados por el actor (fls.328-517); acta de constitución de comité prioritario de seguridad y salud en el trabajo de COOPSUMIN del 26 de enero de 2015 (fls.518-520), aportes a la seguridad social integral (fls.544-551).; el certificado de afiliación a PORVENIR Fondo de Pensiones, donde se establece como devengado 1SMMLV, junto con los certificados de aportes de la planilla integral (fls.542-551).

Análisis.

De lo anteriormente expuesto, la Sala encuentra que, del análisis integral de las pruebas, en el proceso no se encontraron acreditados los presupuestos exigidos por el art. 216 del CST para acceder a la indemnización plena de perjuicios, ya que el empleador COOPSUMIN logró desvirtuar las negaciones indefinidas desplegadas en los hechos de la demanda, pues allegó los elementos idóneos para acreditar que si adoptó las medidas pertinentes con el fin de proteger la integridad física del trabajador, tales como, la existencia del examen de ingreso, la constitución del pertinente comité de salud ocupacional en la empresa, la entrega de los elementos de protección y seguridad recibidos por el demandante, la inducción y las diferentes medidas tomadas antes de la jornada laboral consistente en la capacitación de los trabajadores para el uso de los elementos de seguridad.

De otro lado, al plenario se allegó la declaración rendida y firmada por el mismo trabajador el día del accidente, mediante el cual se demuestra que el hecho generador del accidente de trabajo que género en el demandante una PCL equivalente al 21.23%, fue consecuencia exclusiva de la ausencia de cuidado y precaución por parte del trabajador, en el ejercicio de su labor tal como fue manifestado en la carta vista a folio 321 aceptada por las partes en su contenido y

firma, donde advierte **sobre su falta de precaución al apoyar el pie sobre la superficie de madera**, lo que ocasiono que se resbalara y se produjera su caída.

Luego entonces, se itera, para que opere el reconocimiento de la indemnización total y ordinaria estipulada en el artículo 216 CST, se exige la demostración de la culpa patronal, que se comprueba cuando los hechos evidencian que faltó aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, conforme a la definición de culpa leve que corresponde a los contratos celebrados en beneficio de ambas partes, y, en este asunto, el empleador demostró que adoptó las medidas pertinentes para salvaguardar la integridad de sus trabajadores, derivándose el accidente presentado por culpa exclusiva del trabajador, ante la ausencia de cuidado y precaución en el ejercicio de su labor.

Reajuste Salarial-retroactivo-prestaciones sociales y aportes a pensión.

Por otra parte, respecto al salario devengado, el retroactivo y el reajuste del pago de las prestaciones sociales y los aportes a pensión solicitadas en la demanda, se tiene que, el empleador COOPSUMIN niega que el señor José Jesús Neira devengaba \$1'600.000 de salario mensual y para demostrarlo, aportó los contratos de trabajo suscritos analizados en renglones anteriores, al igual, que las cotizaciones a pensión y seguridad social integral, de las cuales se deduce, que el trabajador siempre devengo un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente desde el año 2014 hasta la presentación de la demanda; hecho fue ratificado por la actuación del demandante durante el desarrollo del proceso judicial, al no haberse presentado a las audiencias programadas y ante la ausencia de prueba si quiera sumaria, para demostrar la pretensión, en aras de refutar lo alegado por la demandada; luego entonces, a pesar de la omisión por parte del Juez A quo respecto al pronunciamiento de dichas pretensiones y en aras de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, esta Sala de Decisión considera que, dichas pretensiones no prosperan, debiéndose declarar como excepción de oficio la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, en consecuencia, se ABSOLVERAN a las demandadas de las pretensiones de reajuste de salario, pago de retroactivo, prestaciones sociales y aportes a seguridad social en pensión, incoadas por el demandante.

En consideración a lo expuesto, esta Sala **CONFIRMARÁ** en su totalidad la sentencia consultada proferida por la Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 23 de abril de 2019. Complementándola en el sentido de, **DECLARAR** como excepción de oficio la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, en consecuencia, **ABSOLVER** a las demandadas COOPERATIVA MULTIACTIVA SUMIN COOPSUMIN y solidariamente contra la señora LUZ MARINA ROSAS LUNA y la SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL EXCOMIN S.A.S. representada legalmente por la señora RUTH YURDARU MENDOZA TORRES, de las pretensiones de reajuste de salario, pago de retroactivo, prestaciones sociales y aportes a seguridad social en pensión, incoadas por el demandante JOSÉ LUIS NEIRA POLANÍA y la señora MARY DARLYN FINO GARCÍA.

No se condenará en costas procesales en esta instancia, al operar el grado jurisdiccional de consulta que opera por mandato de ley.

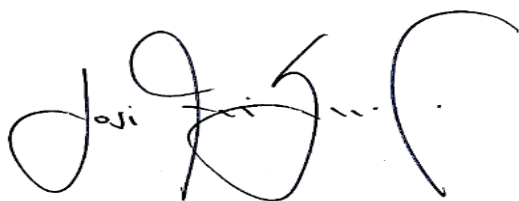
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Laboral de Cúcuta de fecha 23 de abril de 2019, **COMPLEMENTÁNDOLA** en el sentido de, **DECLARAR** como excepción de oficio la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, en consecuencia, **ABSOLVER** a las demandadas COOPERATIVA MULTIACTIVA SUMIN COOPSUMIN y solidariamente contra la señora LUZ MARINA ROSAS LUNA y la SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL EXCOMIN S.A.S. representada legalmente por la señora RUTH YURDARU MENDOZA TORRES, de las pretensiones de reajuste de salario, pago de retroactivo, prestaciones sociales y aportes a seguridad social en pensión, incoadas por el demandante JOSÉ LUIS NEIRA POLANÍA y la señora MARY DARLYN FINO GARCÍA, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas procesales en esta instancia.

NOTIFIQUESE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 036, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-002-2017-00148-01

Partida Tribunal: 18509

Juzgado: Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: Gladis Marlene Castellanos Vega

Demandada (o): Isidro Vargas Abaunza

Tema: Contrato de Trabajo

Asunto: Recurso de Reposición y en subsidio Queja

San José de Cúcuta, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte demandante en contra del auto proferido por esta Sala el día 22 de enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2017-00148-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18509 promovido por la señora GLADIS MARLENE CASTELLANOS VEGA en contra del señor ISIDRO VARGAS ABAUNZA, como propietario del establecimiento de comercio AGROVENTAS.

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

I. AUTO

La parte demandante solicitó en memorial de fecha 03 de abril de 2019, visto a folios 264 a 266 de expediente, que se ordene la prueba de exhibición de los documentos contables del demandado, debido a que el mismo, obrando de mala fe, no aportó ningún documento que fuera solicitado a través de derecho de petición, ni tampoco fueron allegados con la contestación de la demanda, ni con el exhorto realizado por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

Mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2020 esta Sala de Decisión procedió a negar esta solicitud, al considerar que la parte interesada tuvo a su disposición los recursos de ley para controvertir la decisión del Juez A quo

de no dar apertura al incidente y de no imponer una multa a la pasiva por no allegar al proceso los documentos que le fueron ordenados; así mismo, concluyó esta Sala que obra dentro del expediente del proceso, suficiente material probatorio para dar solución a los problemas jurídicos que dentro de él se plantean, por lo que no se percibe la necesidad de decretar de oficio la prueba aludida.

En contra de dicha decisión, la parte interesada presentó los recursos de reposición y en subsidio, el de apelación, no habiéndose revocado la decisión por parte de esta Sala de denegar el decreto de prueba pretendido, y negándose, igualmente, el recurso de apelación interpuesto, al considerarse improcedente.

Frente a este auto, el apoderado de la demandante interpone recurso de reposición y en subsidio, el de queja, en memorial que incluye nuevamente los argumentos relacionados con la solicitud de la prueba ya denegada, citando el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, sin dejar claridad acerca de cuál es la decisión que pretende recurrir, debiendo esta Sala interpretar que se trata de aquella que niega el recurso de apelación presentado.

Sin embargo, como se dijo, la parte activa no trae nuevos elementos que den paso a modificar la decisión de esta Sala, en el sentido de considerarse improcedente un recurso de apelación en contra de un auto proferido por los tribunales.

Esto, como se dijo en la decisión de fecha 22 de enero de 2021, encuentra como fundamento el artículo 65 del código procesal del trabajo y la Seguridad Social, el cual regula el recurso de apelación contra los autos proferidos en primera instancia, quiere decir ello, que no se admite tal medio de impugnación para las decisiones que profieran las salas de los tribunales en segunda instancia. En concordancia con ello, el artículo 66 ese mismo compendio procesal consagra el recurso de apelación únicamente para la sentencia dictada en primera instancia.

Y es que el proceso ordinario laboral de primera instancia regulador por los artículos 74 y s.s. del CPTSS, únicamente contempla una segunda instancia, en la que el superior jerárquico del juez del circuito resuelve las apelaciones de los autos y sentencias. Pero después de ella, únicamente se consagró un recurso extraordinario de casación que no debe considerarse una tercera instancia, debido a que el mismo va dirigido a realizar un juicio de legalidad de las sentencias, más no de los autos que dicten los Tribunales.

Dentro de los mecanismos de impugnación contemplados en la Ley procesal contra los autos dictados por los magistrados en segunda instancia, se consagró la súplica reglada por el artículo 331 del CGP; pero en este caso no resultaría procedente debido a que el mismo se admite respecto a autos que

por su naturaleza serían apelables dictados por el Magistrado Sustanciador, pero en este caso se trata de una decisión de Sala que no admite ningún medio de controversia distinto a la reposición.

Así las cosas, se confirmará el auto proferido por esta Sala el día 22 de enero de 2021 y se negará por improcedente el recurso de queja presentado de manera subsidiaria, en virtud de lo reglado en el artículo 68 del CPTYSS, el cual establece que dicho recurso procederá *“ante el inmediato superior contra la providencia del Juez que deniegue el de apelación o contra la del Tribunal que no concede el de casación”*, esto en armonía con lo consagrado en el numeral 3 del artículo 15 ibídem.

Por último, observa la Sala que el día 8 de febrero de los corrientes, la parte actora presenta “Recurso De Aclaración Frente Al Auto Que Decide El Recurso De Queja”, sin que sea claro en contra de cuál providencia interpone la parte este recurso de aclaración, ya que únicamente incluye a los argumentos por los cuales considera se debe acceder al decreto de prueba solicitado.

Así mismo, es preciso señalar que el apoderado de la parte demandante está ejerciendo un mecanismo procesal que no existe pues ninguna norma consagra ese denominado recurso de aclaración y además está atacando una decisión que aún no ha sido proferida por esta Sala, debido a que únicamente a través del presente auto se está resolviendo la procedencia del recurso de queja presentado.

Por ello, debe rechazarse la aclaración propuesta, al ser evidentemente improcedente y corresponder, a todas luces, a una actuación que pretende dilatar el proceso.

En este sentido, es necesario advertirle al apoderado judicial de la parte demandante, que el artículo 78 del Código General del Proceso consagra los deberes de las partes y sus apoderados en el ejercicio de sus derechos procesales, estableciendo que las mismas deben proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos; y en este particular caso, Dr. Darwin Castro ha venido ejerciendo de manera indiscriminada e justificada, recursos que han dilatado el trámite, hasta el punto que en los recursos que ha formulado, inclusive en este último recurso de aclaración, presenta argumentos tendientes a que se le decrete una prueba que ya fue negada en el auto de septiembre de 2020, y no formula argumentos que realmente ataquen las decisiones que adoptado esta Sala de Decisión.

Por lo tanto, se le advertirá, por una única vez, que en el ejercicio de su defensa se ajuste a los mecanismos procesales consagrados en la ley y se abstenga de realizar actuaciones temerarias en el ejercicio de sus derechos

procesales, so pena de compulsarle copia al Consejo superior de la judicatura.

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

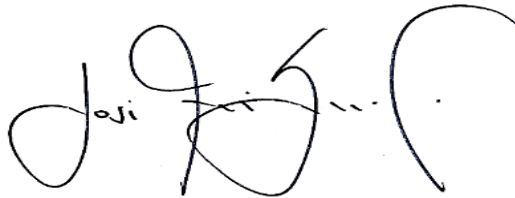
II. RESUELVE

PRIMERO: NO REVOCAR el auto de fecha 22 de septiembre de 2021 proferido por esta Sala Laboral, en virtud de lo considerado.

SEGUNDO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el recurso de queja presentado en subsidio del de reposición.

TERCERO: NO DAR trámite al recurso de aclaración frente al auto que decide el recurso de queja.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 036, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de Marzo de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2017-00271-00
RADICADO INTERNO:	19.041
DEMANDANTE:	MARÍA EUGENIA ARENALES QUINTERO
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P y MARÍA ELENA GONZALEZ VERA

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARÍA EUGENIA ARENALES contra LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P y MARÍA ELENA GONZALEZ VERA, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2017-00271-00, y Radicación interna N° 19.041 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 11 de agosto 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

La señora MARÍA EUGENIA ARENALES, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P y MARÍA ELENA GÓNZALEZ VERA para que se declare que el señor SALVADOR VILLAMIZAR FLOREZ, dejó causado el derecho al momento de su fallecimiento por acreditar 12 años, 4 meses y 9 días de servicio que equivalen a 644 semanas, por ende, que se reconozca la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARÍA EUGENIA ARENALES QUINTERO en calidad de cónyuge del cusante a partir del 12 de julio de 2020, con una mesada pensional de \$654.936 una vez actualizada.

Señala la demandante señora María Eugenia Arenales Quintero presentó el día 31 de Marzo del año 2015 solicitud de reconocimiento de la pensión de

sobreviviente ante la UGPP, sin embargo esta entidad negó dicha solicitud mediante Resolución RDP 026666 del 30 de junio del 2015, al considerar que no se reunía los requisitos dispuestos en la Ley 100 de 1993 para ello; además advierte, que ante dicha negativa interpuso los recursos de reposición y apelación correspondientes pero que estos fueron negados en los mismos términos por parte de esta entidad mediante resoluciones RDP 037113 del 11 de Septiembre del 2015 y RDP 041694, respectivamente.

La demandada UGPP contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en su contra, señalando como cierto el tiempo laborado por el causante en entidades públicas, así como los argumentos expuestos para negar la pensión de sobrevivientes a la demandante, pues no se demostró los requisitos exigidos para ello, esto es, la calidad de cónyuge y la convivencia de la actora con el causante.

De igual forma, advirtió que, por el fallecimiento del Señor Salvador Villamizar Flórez, CAJANAL mediante Resolución Número 014826 del 23 de mayo del 2005, reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente a la señora MARÍA ELENA GONZALES VERA como quiera que esta no acreditó el cumplimiento de las semanas cotizadas para el reconocimiento de la prestación pretendida de conformidad a lo dispuesto al artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Mediante auto del 3 de noviembre de 2017 se dispuso integrar a la señora MARÍA ELENA GONZALEZ VERA, como litisconsorte necesario, sin embargo a pesar de recibir comunicación para notificación personal el día 2 de marzo de 2018 (folio 142 a 143); así mismo recibió aviso para notificación el día 23 de agosto de de 2018 (folio 146 a 147), pero no compareció para recibir notificación personal de la demanda, por lo que le fue designado Curador Ad-Litem, quien una vez posesionado el día 20 de noviembre de 2018 (folio 154), y notificado de la demanda el día 20 de noviembre de 2018 (folio 155), contesta la demanda (folio 156 y 157), pero esta es rechaza por extemporanea en auto del 6 de febrero de 2019 (folio 158).

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 11 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación solicitada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA UGPP, en consecuencia absolver a esta entidad de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, fijandpo como agencias en derecho en favor de la parte demandada la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS MTE (\$200.000)

TERCERO: REMITIR EL PRESENTE EXPEDIENTE a la oficina judicial para que sea repartido ante los H. Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a efectos de que surta el grado jurisdiccional de consulta

CUARTO: Conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, de conformidad con el artículo 66 del CPL y SS.

QUINTO: Por secretaría líbrese el respectivo oficio y remítase el presente proceso a la Oficina de Apoyo Judicial, para que sea sometido a reparto entre los Magistrados de la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Palnteó como problemas jurídicos a resolver si el señor Salvador Villamizar Florez dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes; y si a la demandante le asiste el derecho a la misma a partir del día siguiente al momento de la muerte del causante.

- Indicó, que no fue objeto de debate por cuanto la demandada aceptó el hecho de que el señor Villamizar Florez falleció el 12 de julio de 2000, y que laboró como trabajador oficial en diferentes públicas para un total de tiempo de servicio de 12 años, 4 meses y 14 días equivalente a 644 semanas cotizadas.

- Que el literal B del artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, que los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, invalidez o riesgo común que fallezca y los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiera cumplido alguno de los siguientes requisitos, tendrá derecho a la pensión de sobreviviente como son: A. que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte o; B. que habiendo dejado de cotizar hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

- Que el presente asunto se debe analizar según lo dispuesto en el literal B del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 teniendo en cuenta que el señor Salvador Villamizar Flórez, al momento del fallecimiento no se encontraba cotizando al sistema de seguridad social en pensiones bajo estos supuestos se deberá verificar si el señor Salvador Villamizar Flórez cotizó por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento de su muerte.

- Que de las pruebas obrantes en el expediente se desprende que del 12 de Julio de 1999 al mismo día y mes del año 2000, fecha en que se produjo el fallecimiento, el señor Villamizar no cotizó las 26 semanas que exige la norma, ya que se corroboró a partir del certificado de información laboral o lo formatos plenos allegados por la parte demandante, que el señor Villamizar Flórez efectuó una última cotización ante la Caja Nacional de Previsión Social para el periodo de julio de 1995, por lo tanto se entiende que el Señor Salvador Villamizar Flórez al momento de su fallecimiento no dejó causado el derecho la pensión de sobreviviente.

- Que de igual forma tampoco existe posibilidad de analizar el derecho a partir de una norma anterior en virtud al principio de la condición más beneficiosa, como quiera que para acceder a la pensión de sobrevivientes de los servidores del estado era necesario que el Señor Villamizar Flórez cumpliera 20 años de servicio previo al fallecimiento, para dejar causado este derecho a sus beneficiarios, sin embargo como se advirtió en precedencia el señor Salvador Villamizar Flórez prestó servicios para el Estado por 12 años 4 meses y 14 días conforme al certificado de información laboral o formato pleno allegado al plenario situación que inclusive no se encuentra en discusión al interior del presente trámite ni siquiera por la parte demandada.

- Que al no corroborarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, ni en normas anteriores para el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, mediante el cual se analiza que el Señor Salvador Villamizar Flórez, hubiese dejado causado el derecho, no hay lugar a analizar si la señora María Eugenia Arenales Quintero se hace acreedora de la prestación económica como beneficiaria resaltando que el señor Salvador Villamizar no dejó causado este derecho.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

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

- Que efectivamente el señor Salvador Villamizar en su condición de trabajador oficial cotizo un total de 644 semanas representadas en 12 años 4 meses y 9 días.

- Una vez retirado, el señor Villamizar no volvió a tener vínculo laboral, por lo que su última vinculación fue el 30 de junio de 1995.

- Señala, que el señor Villamizar Flórez si dejó causado el derecho pensional a sus beneficiarios, como quiera que desde el 22 de Febrero de 1983 al 31 de Diciembre de 1993, y del 1º de Abril del 94 al 31 de Marzo de 1994, es decir, un día antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993, el señor Salvador Villamizar Flores había reunido aproximadamente 571.28 semanas cotizadas, por lo que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, la actora tendría derecho a la pensión de sobrevivientes de conformidad con el artículo 27 y 29 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

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:

La apoderada judicial de **la parte demandante** la Señora MARIA EUGENIA ARENALES QUINTERO, Señaló que la señora demandante solicitó en su condición de cónyuge supérstite del Señor Salvador Villamizar Flórez (q.e.p.d) la pensión de sobreviviente o pensión por muerte; que el señor Salvador

Villamizar Florez estuvo vinculado como trabajador oficial por más de 12 años 4 meses y 9 días, lo cual representa 644 semanas cotizadas durante toda su vida laborales, de las cuales 636 semanas fueron aportadas antes del 01 de Abril de 1994 fecha en la cual entro en vigencia la Ley 100 de 1993.

Agregó, que a pesar de que el estatus jurídico de la pensión reclamada lo fue en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es 12 de Julio de 2000, conforme a la condición más beneficiosa y norma más favorable le es dable que a la demandante se le aplique dicha condición para reconocer la pensión de sobreviviente ya que las semanas aportadas por el afiliado fueron antes de entrar en vigencia de la ley 100 de 1993.

•PARTE DEMANDADA:

La apoderada judicial de **la demandada UGPP** presenta alegatos de conclusión solicitando a la Sala Laboral confirmar la absolución de segunda instancia respecto a las costas procesales, señala que la señora demandante María Eugenia Arenales Quintero actuando en calidad de compañera permanente del prenombrado efectuó el trámite de indemnización sustitutiva atendiendo que el causante no cotizó el tiempo de servicio o las semanas cotizadas exigidas por la ley para dar con el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que mediante la Resolución No. 014826 del 23 de Mayo de 2005, se reconoció una indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente al causante Villamizar Flórez Salvador a favor de Gonzales Vera María Elena en calidad de compañera permanente en un 50% en la suma de \$2.611.137,68 pesos y el 50% restante se le reconoce a su hijo menor Villamizar Gonzales Edwin Omar, quien es representado por la demandante, siendo su madre.

Que el señor Salvador Villamizar Flórez, fallecido, no efectuó cotizaciones de las 26 semanas cotizadas en el año anterior de su muerte, ya que los aportes efectuados al Sistema de Pensiones, lo fue hasta el año 1995, es decir, cinco años antes de su fallecimiento; añade que los tiempos aducidos se tuvieron en cuenta para desembolsar dicho pago de la indemnización.

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:

¿Si la demandante MARÍA EUGENIA ARENALES tiene derecho a que LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P le reconozca y pague la pensión de sobreviviente causada tras el fallecimiento de su cónyuge SALVADOR VILLAMIZAR FLÓREZ? De ser así, se analizará si proceden en su favor los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

7. CONSIDERACIONES:

El debate en esta instancia está encaminado a determinar si la señora MARÍA EUGENIA ARENALES, en su condición de cónyuge supérstite, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del señor SALVADOR VILLAMIZAR FLÓREZ, ocurrida el 12 de julio de 2000, con el respectivo retroactivo pensional, debidamente indexado y los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Teniendo en cuenta que la UGPP negó dicha solicitud mediante Resoluciones RDP 026666 del 30 de Junio del 2015, y RDP 037113 del 11 de Septiembre del 2015 y RDP 041694 que resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos, al considerar que no se reunían los requisitos dispuestos en la Ley 100 de 1993 para ello.

El juez *a quo* absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que el señor Villamizar Flórez no cotizó las 26 semanas que exige el artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, ya que se corroboró que el señor Villamizar Flórez efectuó una última cotización ante la Caja Nacional de Previsión Social para el periodo de julio de 1995, por lo tanto se entiende que al momento de su fallecimiento no dejó causado el derecho la pensión de sobreviviente, y que de igual forma tampoco es posible aplicar, con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa, el Acuerdo 049 de 1990 como quiera, que al momento del fallecimiento no se encontraba cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, y tampoco acreditó como empleado público 20 años de servicio previo al fallecimiento, para dejar causado este derecho a sus beneficiarios.

Por otra parte, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación señalando, que el señor SALVADOR VILLAMIZAR FLÓREZ si dejó causado el derecho pensional a sus beneficiarios, como quiera que antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993, había reunido aproximadamente 571.28 semanas cotizadas, por lo que, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, la parte actora tendría derecho a la pensión de sobrevivientes de conformidad con el artículo 27 y 29 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Para determinar si se tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, hay que estarse a la normatividad vigente al momento en que acaece o se estructura la contingencia asegurada. De acuerdo con ella, el artículo 46 original de la Ley 100 de 1993 es la regulación pertinente para definir el derecho a la pensión de sobrevivientes objeto de litigio, ya que en su vigencia ocurrió la muerte del señor SALVADOR VILLAMIZAR FLÓREZ, el día 12 de julio de 2000.

El artículo referido prevé que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes 1) los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, 2) los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos: a) que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte; b) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Del texto normativo citado se concluye que para que un afiliado que fallece deje causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, debe haber cotizado un mínimo de 26 semanas durante el año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte; y en este caso, según se advierte de los tiempos de servicio acreditados en folio 36, en efecto el Señor SALVADOR VILLAMIZAR FLÓREZ, laboró para el Ministerio de Obras Públicas y Transporte del 22 de febrero de 1983 a 31 de diciembre de 1993, y en el Instituto Nacional de Vías del 1° de enero de 1994 al 30 de junio de 1995, para un tiempo equivalente a 12 años, 4 meses, y 14 días, equivalente a 644 semanas de cotización, finalizando su último período de servicios el 30 de junio de 1995, por lo que se concluye que cero (0) semanas fueron cotizadas en el periodo que exige la norma, esto es, desde el 12 de julio de 1999 al 12 de julio de 2000, fecha de su fallecimiento.

Sin embargo, en este asunto, la controversia que propone la recurrente se circunscribe en determinar si el afiliado dejó causado el derecho pensional, con base en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad bajo el principio de condición más beneficiosa; y al respecto debe decirse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4308 de 2019 con Radicación n° 72851 señaló que no es posible aplicar el Acuerdo 049 de 1990, cuando no existió afiliación al Instituto de Seguros Sociales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, así lo señaló:

“...De otro lado, tampoco es procedente la aspiración de la recurrente, respecto a obtener la pensión de vejez a la luz del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, bajo el principio de condición más beneficiosa, porque como ya quedó explicado la demandante no estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por ello esa normativa no le resulta aplicable bajo ninguna circunstancia”.

De igual forma, la Corte en Sentencia SL412-2021 con Radicación N° 83277 precisó lo siguiente: *“...la posibilidad de adicionar el tiempo público servido al Estado con las cotizaciones realizadas al sistema de seguridad social, para determinar si el afiliado dejó causado el derecho pensional, con base en el Acuerdo 049 de 1990, como lo reclama la impugnación, ha sido recientemente permitida por la jurisprudencia, pero únicamente para los afiliados al sistema de seguridad social integral, a quienes, por ese motivo, les resulta aplicable el artículo 13 de la Ley 100 de 1993”*

En este caso, como el señor SALVADOR VILLAMIZAR FLÓREZ, únicamente cuenta con tiempo de servicio público al Estado, y no estuvo afiliado al sistema de seguridad social integral, no es posible analizar con base en el Acuerdo 049 de 1990, si dejó causado el derecho pensional, pues conforme se indicó dicha disposición normativa solo es aplicable a los afiliados al sistema de seguridad social, a quienes de acuerdo al criterio jurisprudencial, le resulta posible adicionar al tiempo público, las semanas cotizadas al sistema de seguridad social integral para analizar si dejó causada el derecho pensional.

De igual forma, teniendo en cuenta que el tiempo público del señor SALVADOR VILLAMIZAR FLÓREZ, es de 12 años, 4 meses y 14 días, tampoco dejó causado el derecho pensional a sus beneficiarios con fundamento en la

Ley 33 de 1985, la cual, tratándose de prestaciones para los servidores públicos exige para el reconocimiento pensional acreditar un tiempo de servicio público de 20 años.

Por lo anterior, se confirmará el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 11 de agosto de 2020 que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por la parte actora, por lo que por sustracción de materia no se entrará a resolver sobre la procedencia de los intereses moratorios y se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante y se fijarán como agencias en derecho a favor de la demandada, 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 del 11 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante y se fija como agencias en derecho a favor de la demandada la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente.

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. 036, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de Marzo de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO: 54-001-31-05-002-2018-00014-00
RADICADO INTERNO: 19.024
DEMANDANTE: ELIGIO CRUZ ANTELIZ
DEMANDADO: SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA
 SEVICOL LTDA y ECOPETROL S.A

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario Laboral promovido por ELIGIO CRUZ ANTELIZ contra SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA, y ECOPETROL S.A con radicación única 54-001-31-05-002-2018-00014-00 y radicado interno No 19.024 de este Tribunal Superior, a conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 22 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. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. Identificación del tema de decisión

En la presente diligencia, la Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra La Sentencia del 22 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta que resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación solicitadas por SEVICOL LTDA y ECOPETROL S.A.

SEGUNDO: *Declarar que entre el señor ELIGIO CRUZ ANTELIZ como trabajador y SEVICOL LTDA como empleador, existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada desde el 1 de junio del año 2014 al 31 de enero de 2015, el cual terminó por culminación de la obra para la cual fue contratado el demandante de conformidad con el artículo 61 del CST.*

TERCERO: *Condenar en costas a las demandantes por resultar vencidas en el proceso, para lo cual, fija las agencias en derecho en favor de los demandados la suma de \$200.000.*

CUARTO: *REMITIR EL EXPEDIENTE para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA por secretaria deberá remitirse el presente proceso a la oficina judicial para que sea repartida ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta”.*

1.2. Fundamento de la decisión de primera instancia.

El juez a *quo*, fundamentó la decisión de primera instancia así:

- Planteó como problemas jurídicos establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada; si la obra o labor por la cual fue contratado el demandante culminó el 29 de enero de 2015; y si hay lugar al pago de la indemnización por despido injusto; si la alimentación y el transporte son constitutivos de salario a efectos de realizar la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones; y finalmente determinar si el actor tiene derecho al pago de algún reajuste por concepto de diferencias dejadas de cancelar al momento que culminó el vínculo laboral.

- Frente al primer problema jurídico indicó como cierto el hecho de existir entre el señor ELIGIO CRUZ ANTELIZ y la empresa SEVICOL LTDA un contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada desde el día 1º de junio de 2014 al día 29 de enero del año 2015.

- En cuanto a la terminación del contrato del actor por obra o labor contratada, señaló que en la parte inicial del contrato aportado con la demanda se indicó que este tenía una duración relacionada a una obra o labor contratada la cual estaba supeditada a tres eventos diferentes: el primero, la ejecución completa del contrato de trabajo celebrado entre SEVICOL S.A y ECOPETROL S.A, la continuidad del puesto de trabajo para el cual fue contratado, el actor estaba sujeto a la rotación en los diferentes puestos de trabajo dentro de las instalaciones del cliente para donde fue contratado y por la necesidad del servicio de la entidad contratante del servicio.

- De lo expuesto, advirtió el *a quo* que mediante comunicación de fecha 29 de enero de 2015 el empleador comunicó al actor la terminación del contrato por culminación de la obra para la cual fue contratado debido a que Ecopetrol S.A el día 27 de enero de 2015 mediante memorando con numero de radicación 20150932683 ordenó la cancelación de la prestación del servicio del puesto donde el demandante prestaba su servicio como guarda de seguridad, por tal razón el día 31 de enero de 2015 terminó la labor para la cual fue contratado.

- Explicó que Ecopetrol S.A como contratante del servicio de vigilancia de Sevicol LTDA tenía la potestad de modificar los puestos de trabajo a las necesidades que requerían como cliente y que en este caso al comunicar Ecopetrol la remoción de un puesto de vigilancia en la redoma San Mateo hace que la obra para la cual fue contratado el demandante culmine por terminación de obra y labor contratada.

- Que si bien el testigo Pedro Tibia, testigo aportado por el demandante señaló que el puesto de trabajo seguía existiendo luego del despido, sin embargo, no aportó prueba alguna que corroborara dicha afirmación, y el testigo Jorge Fonseca manifestó que ese puesto de vigilancia se había suprimido, que no existía la continuidad del puesto de trabajo y que por lo tanto había culminado la obra para la cual había sido contratado, por lo que ante estas contradicciones en las declaraciones no encontró el despacho otra prueba adicional que permita evidenciar si efectivamente hubo la eliminación del puesto de trabajo.

- En cuanto a los demás problemas jurídicos planteados, esto es, si hay lugar al pago de indemnización por despido injusto a reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones al momento de culminar el contrato de trabajo, señaló que la respuestas a los mismos debía ser negativa como quiera que se había evidenciado que el vínculo laboral que existió con el demandante feneció por culminación por obra o labor para la cual fue contratado el actor, además por cuanto se encuentra probado a folios 145 a 147 del expediente que Sevicol Ltda efectuó la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones al momento de finalizar el contrato de trabajo y en cuanto al reconocimiento del trabajo suplementario realizado en días dominicales y festivos es necesario tener prueba específica que acredite el tiempo desarrollado, pero esta no fue aportada por el demandante

2. DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte demandante impugnó la sentencia señalando que de la lectura del contrato de trabajo se desprende que su duración es por el tiempo de la obra o labor contratada, y teniendo en cuenta que el contrato pactado entre las demandadas fue por tres años, dicho periodo se debe

aplicar también al contrato del actor, por lo que el reconocimiento del contrato debió darse del 14 de mayo de 2014 al 14 de mayo de 2017.

Explica que en el comunicado enviado por Ecopetrol S.A a Sevicol Ltda en ningún momento se solicitó la terminación del contrato de trabajo del actor, simplemente le indicó que terminara el contrato de portería número dos, pero o se tuvo en cuenta que en esa portería número dos todos los trabajadores contratados para la labor de vigilancia pasaron por ahí porque hicieron turnos y el único que fue despedido fue el actor, ya que quedaron más puestos de vigilancia.

Indicó la incidencia salarial que tiene el auxilio de alimentación y el transporte, y que además está probado los turnos que hacía el demandante de horas extras y festivos.

3. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión y estos manifestaron:

• **Parte Demandante:** El apoderado de la parte demandante, presenta los siguientes alegatos de conclusión de la siguiente manera: Hace una breve historia del caso, contando detalladamente los hechos de las pretensiones por parte del Señor Eligio Cruz Anteliz, en donde cuenta como fue vinculado y desvinculado sin justa causa al momento de haber prestado su servicio como vigilante cumpliendo con sus obligaciones y sin permitirle terminar lo estipulado que era por el término de obra el 14 de Mayo de 2017, da una breve compilación sobre los fundamentos jurídicos pertinentes al caso concreto, donde en pocas palabras resalta que hubo un despido de manera sin justa causa, sin reconocer y pagar horas extras, dominicales y festivos y menos el pago de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T.

• **Parte Demandada:** El apoderado de la parte demandada SEGUIRDA Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA, indicó que la duración de obra o labor determinada para la cual la empresa SEVICOL LTDA contrató los servicios del aquí demandante, no estaba determinada por la duración del contrato 5214624, razón por la cual se explica que dicha terminación estaba determinada por la continuidad, la permanencia o no del puesto de trabajo asignado, según las necesidades de ECOPETROL LTDA, quien según lo pactado en el contrato 5214624, tenía la potestad de aumentar o disminuir la cantidad de servicios de vigilancia.

Agregó que lo pagado por concepto de subsidio de alimentación era por mera liberalidad y que por ello no tiene incidencia salarial ni para el pago de

prestaciones sociales ni para el pago de aportes a la seguridad social, ya que el artículo 128 del Código Laboral, permite a las partes pactar que estos pagos sean sin incidencia laboral, como igualmente lo ha aceptado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus diferentes fallos, como por ejemplo la sentencia SL 5159 del 14 de Noviembre de 2018.

4. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

5. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

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

1. ¿Determinar si el contrato por obra o labor celebrado entre el señor ELIGIO CRUZ ANTELIZ y La Empresa Sevicol LTDA estaba sujeto a la duración del contrato comercial suscrito entre Ecopetrol S.A y Sevicol LTDA, y si por ello tienen derecho a que la demandada SEVICOL LTDA les reconozca y pague la indemnización por despido sin justa?
2. Si tiene derecho al reconocimiento y pago del auxilio de transporte y alimentación por tener incidencia salarial, además del pago de las horas extras y festivos

6. CONSIDERACIONES:

6.1. Premisas Jurídicas

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

- ✓ Artículo 64 del C. S. T

6.2. Decisión de Fondo

El eje central del presente litigio radica en determinar en primer lugar si el contrato por obra o labor celebrado entre el demandante ELIGIO CRUZ ANTELIZ y La Empresa Sevicol LTDA, estaba sujeto a la duración del contrato comercial suscrito entre Ecopetrol S.A y Sevicol LTDA, y por ende, si debe condenarse a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización a que hace referencia el artículo 64 del C.S.T.

Previo a desarrollar el primer problema jurídico planteado, debe decirse, que no es objeto de controversia que, el día 1° de junio de 2014, La Empresa de Seguridad y Vigilancia Colombiana Sevicol LTDA y la parte actora, celebraron un contrato laboral por duración de la obra o labor contratada para prestar los servicios de vigilante o guardia de seguridad en las oficinas de La Redoma de San Mateo, el cual finalizó el día 29 de enero de 2015, cuando el empleador terminó el contrato de trabajo.

Como hechos de la demanda se expuso, que La Empresa Sevicol LTDA, envió al demandante a prestar los servicios de vigilancia o guarda de seguridad en las oficinas de Ecopetrol S.A ubicadas en La Redoma de San Mateo de esta Ciudad, en virtud al Contrato Comercial de Prestación de Servicios de Seguridad y Vigilancia Privada No. 521-4624, celebrado entre Ecopetrol S.A. y Sevicol LTDA con un plazo de duración de tres años contados a partir del 15 de mayo del 2014, por lo que entiende la parte demandante, que sus contratos tendrían que haberse mantenido hasta el 13 de mayo del 2017, cuando finalizaba el plazo de ejecución del contrato comercial consentido entre las demandadas, y no hasta el día 29 de enero de 2015, cuando La Empresa Sevicol LTDA terminó el contrato de trabajo, lo que configura según la parte recurrente un despido sin justa causa.

Al respecto el juez *a quo* en Sentencia de fecha 22 de julio de 2020, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, señalando respecto a la solicitud de indemnización por despido sin justa causa que, la misma no es procedente por cuanto la labor del demandante estaba determinada por la necesidad del servicio conforme al contrato de prestación de servicio suscrito con Ecopetrol S.A. Decisión que fue impugnada por la parte actora alegando, que los contratos debían haberse mantenido hasta el 13 de mayo del 2017, cuando finalizaba el plazo de ejecución del contrato comercial entre Ecopetrol S.A y Sevicol LTDA.

Para resolver la controversia es menester determinar que la duración del contrato laboral está regulada por el artículo 45 del C.S.T que establece: “..*el contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por un tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.*”

Y respecto de la duración del contrato del demandante, de las pruebas allegadas al proceso, se observa que el señor ELIGIO CRUZ ANTELIZ, fue vinculado mediante contrato de trabajo por la duración de la obra o labor determinada a partir del 01 de junio del 2014 para desempeñar el cargo de guarda de seguridad, conforme se puede advertir del contrato obrantes a folios 40 del expediente físico y/o 81 del expediente digital, en donde se estipuló como objeto del contrato el siguiente: “(..)*Prestar sus servicios personalmente y en forma exclusiva, en los sitios que le sean asignados por*

EL EMPLEADOR concurriendo y permaneciendo en ellos en excelente estado de presentación, debidamente uniformado observando todas y cada una de las órdenes y/o instrucciones que le sean impartidas por el EMPLEADOR directamente o a través de sus representantes, cumpliendo con las funciones propias del cargo, así como con las específicas que se le asignen según las necesidades propias del usuario del servicio(...) y en cuanto a la duración del contrato se indicó: “El presente contrato se celebra por el tiempo que dure la realización de la obra o labor contratada, de acuerdo con las condiciones generales que se señalan al inicio del presente contrato” y en la cláusula décima cuarta se indicó: “En razón a la modalidad del contrato de trabajo POR LA DURACIÓN DE UNA OBRA O LABOR DETERMINADA, las partes acuerdan que el solo hecho que la empresa a la cual el trabajador está asignado, que para el caso es ECOPETROL S.A solicite el cambio del mismo porque no cumple con sus expectativas y requerimientos para el cargo, o que sea cancelado el puesto de trabajo en el cual esté prestando su servicio al momento de dicha terminación por parte de Ecopetrol S.A sujeto a la normal rotación que se haga dentro de los diferentes puestos de trabajo en las instalaciones del cliente para donde fue contratado, tal situación podrá ser considerada por SEVICOLLTDA como causal que justificará la terminación del contrato, lo cual el trabajador desde ya reconoce y acepta”

De igual forma, en el acta de inicio del Contrato Comercial Número 521-4624 celebrado entre Ecopetrol S.A. y Sevicol LTDA, obrante a folios 31 a 32 del expediente físico y 259 del expediente digital, se puede observar que en dicho contrato se pactó la prestación de servicios en las modalidades de vigilancia privada fija y móvil con medios tecnológicos en las instalaciones de Ecopetrol S.A., como plazo de ejecución 3 años contabilizados a partir del 1° de junio de 2014 al 31 de mayo de 2017.

Y en la cláusula sexta del referido contrato obrante a folio 220 a 281 del expediente físico y 107 a 168 del expediente digital se determinó: “Obligaciones del Contratista”, El CONTRATISTA se obliga a prestar con entera idoneidad, capacidad y oportunidad, los siguientes servicios: supervisión, seguridad móvil, central de seguridad, apoyo central de seguridad, vigilancia y recepción; disponiendo expresamente al final de la cláusula que “...Si durante la ejecución del contrato Ecopetrol S.A. determina la necesidad de algunos de estos ítems, serán solicitados al contratista previa aprobación de Ecopetrol S.A. mediante comunicación suscrita por el administrador del contrato”.

Además de ello, se dispuso que Ecopetrol S.A. podría solicitar mayores o menores cantidades de estos servicios, de forma que Sevicol LTDA, se obligaba a suministrarlos o a suspender el suministro para los cuales el gestor técnico debía realizar el requerimiento al contratista, es decir, a la empresa de vigilancia.

Así mismo, a folio 133 y 134 del expediente físico y 263 a 264 del expediente digital obra comunicación del 27 de enero del 2015, remitida por Ecopetrol S.A. a La Empresa Sevicol LTDA, con referencia “optimización servicios e insumos de vigilancia contrató 521-4624” en la cual se indicó lo siguiente: *“Atendiendo directrices de la administración de la empresa y dando alcance al plan de optimización de gastos y costos, comunicado mediante memorando con radicado NO. 2-2014-005-24199 de fecha 23 de diciembre de 2014, comedidamente solicito adelantar las siguientes acciones complementarias terminando los servicios y retirando los insumos que a continuación se relacionan a partir del 1º de febrero de 2015: “(...) CÚCUTA: Un (1) servicio de vigilancia 24 horas en portería 2 Redoma San Mateo, 3.5 auxilios de transporte. 3 auxilios de alimentación, 17 avanteles”.*

También se recepcionó el testimonio del señor PEDRO ELÍAS TIRÍA RINCÓN, quien indicó que fue contratado por Sevicol LTDA como guarda de seguridad en las instalaciones de Ecopetrol, desde agosto del 2008 hasta el 30 de agosto de 2017; Señaló que es amigo del actor y lo conoce desde el momento en que el testigo ingresó a laborar a Ecopetrol como guarda de seguridad; explicó que los servicios de vigilancia se prestaban en la redoma San Mateo y en unas bodegas de Villa del Rosario; señaló que el contrato con Sevicol LTDA se firmaba por un periodo de tres años porque eso decía el contrato firmado por el testigo, pero desconoce si el del actor fue por el mismo periodo; expuso que en el ultimo año de contratación muchos trabajadores fueron desvinculados pero desconoce la razón de ello.

Señaló además que el servicio de vigilancia era brindado de acuerdo a una programación que la empresa Sevicol Ltda les daba, y variaba todos los meses; explicó que todos los vigilantes no eran asignados a un solo puesto, y que para el caso del actor su puesto de trabajo era algunas veces la entrada en portería de la redoma San Mateo, y allí revisaba vehículos, constataba el personal que ingresaba, registraba y hacía anotaciones; que en la redoma San Mateo eran cuatro puestos, el puesto uno era el ingreso, el puesto dos era la salida, el puesto tres que era un recorredor móvil, y el puesto cuatro que lo ejercían las mujeres del personal de vigilancia; resaltó que ningún vigilante estaba fijó en un puesto ya que la programación variaba todos los meses, y frente a la pregunta de si el puesto que ocupaba el demandante lo ocupó otro trabajador o sencillamente suprimieron el puesto, el testigo indicó: “pues... ese puesto se suponía que lo habían cerrado, pero eso nunca pasó así, el puesto que supuestamente sacaron a ese personal porque no lo iban a utilizar siempre tocó utilizarlo porque era un portón que decían que era el de salida, y ese portón siempre permanece abierto, y pues después los mismo vigilantes hacían el puesto de control en ese portón”.

De igual forma el testigo JOSÉ ANDRÉS FONSECA ROA, indicó que trabaja para Sevicol LTDA como HSE asignado para la ciudades de Cúcuta,

Bucaramanga y Tibú, que conoció al demandante porque fue trabajador de Sevicol LTDA desde junio 2014 al 31 de enero de 2015; que la actividad desarrollada por el actor era guarda de seguridad en la redoma San Mateo y su vinculación o obra o labor terminó porque Ecopetrol como beneficiario del servicio solicitó la reducción de servicios debido a la caída del valor del barril de petróleo, fue una decisión de reducir servicios a nivel nacional, por lo que solicitó a Sevicol LTDA reducir el puesto de portería II Redoma San Mateo, y para ese momento de la solicitud de Ecopetrol estaba trabajando en ese puesto de vigilancia, el demandante junto con otros dos trabajadores, por lo que al eliminarse ese puesto de vigilancia el demandante y los dos compañeros también salieron.

Frente a la pregunta de si después de finalizado el contrato al demandante, Sevicol LTDA mantuvo ese puesto de trabajo, el testigo contestó: “No señor, el la portería II donde estaba el demandante no se volvió a contratar personal para ese servicio de seguridad y vigilancia, porque Ecopetrol estaba reduciendo gastos”.

Finalmente, el testigo PABLO ANTONIO VERA, fue Constratista para Ecopetrol S.A desde el año 2002 a 2014, que no ha esta vinculado con Sevicol Ltda, y que conoció al demandante desde 1991 porque el actor trabajaba como vigilante en las instalaciones de Ecopetrol y el testigo era el jardinero, que lo veía ejerciendo las labores de vigilancia en los cuatros puesto de control que tenia Ecopetrol en la redoma San Mateo, pero desconoce quien contrató al actor.

De las pruebas anteriormente señaladas, observa la Sala que si bien, en El Contrato No. 5214624 suscrito entre Ecopetrol S.A. y Sevicol LTDA, se estipuló como plazo de ejecución del contrato tres años, ello no significa que estas cláusulas se hagan extensivas también al contrato laboral celebrado entre Sevicol LTDA y el demandante, y que, deberían mantener su vigencia por el mismo término.

Lo anterior, en consecuencia a que en el contrato laboral las partes acordaron que el mismo era por la duración de la obra y por ende, estaba determinado por la continuidad del puesto de trabajo asignado; el cual, estaría sujeto a distintas situaciones; (i) a la normal rotación que se hicieran dentro de los diferentes puestos de trabajo ubicados, en las instalaciones del cliente, o para dónde fue contratada, o (ii) por las necesidades del servicio en vigencia del contrato suscrito con la entidad contratante.

De tal manera, que la duración del contrato laboral del actor, estaba supeditado a la necesidad de Ecopetrol S.A como empresa contratante, y como se había pactado, era esta quien contaba con la facultad de solicitar mayores o menores cantidades de estos servicios; situación, que se dio en el presente caso, debido a que mediante comunicación de fecha 27 de enero

de 2015, dirigida a la contratista Sevicol LTDA., Ecopetrol argumentando una optimización de servicios, decide finalizar un servicio de vigilancia 24 horas en portería 2 redoma San Mateo a partir del 1 de febrero del 2015.

De igual forma, frente a la manifestación del testigo PEDRO ELÍAS TIRÍA RINCÓN, en cuanto a que el puesto de vigilancia que presuntamente había retirado Ecopetrol S.A, continuó funcionando después de finalizar el contrato del demandante, debe decirse, que de acuerdo a la comunicación del 27 de enero del 2015, remitida por Ecopetrol S.A. a La Empresa Sevicol LTDA, con referencia “optimización servicios e insumos de vigilancia contrató 521-4624” se solicitó la terminación de un (1) servicio de vigilancia 24 horas en portería 2 Redoma San Mateo, y no como equivocadamente lo hace ver el testigo, la supresión o eliminación total de la labor de vigilancia en portería 2 Redoma San Mateo; por ende, es claro que el servicio de vigilancia en portería 2 en la Redoma San Mateo iba a continuar desarrollándose, pero no, con el mismo numero de trabajadores con los que anteriormente disponía Sevicol Ltda para ese servicio, sino con un trabajador menos, pues el contratante dispuso prescindir de un solo servicio de vigilancia en portería 2 en la Redoma San Mateo, conforme a las facultades del contrato suscrito entre Sevicol LTDA y Ecopetrol S.A. Es decir, el contratante eliminó una de las necesidades de servicio que daba lugar al contrato de obra o labor del demandante.

En consecuencia, es lógico concluir, que la decisión del contratante Ecopetrol conllevaría necesariamente a que Sevicol LTDA tomara la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo de aquella persona que estaba ejecutando el servicio en ese momento en la portería 2 de San Mateo, respecto del cual, el contratante solicitó la terminación.

Así entonces, la decisión de La Empresa Sevicol LTDA de dar por terminado el contrato laboral de la demandante ELIGIO CRUZ ANTELIZ, a partir del 29 de enero de 2015, no ocurrió por mera liberalidad del empleador, sino que la misma estaba ligada a lo que el contratante dispuso en virtud de las condiciones acordadas en el Contrato No. 5214624.

Conforme a lo anterior, no puede aspirar el recurrente a la indemnización por despido injusto, cuando el servicio de vigilancia que ejercían, se encontraba determinado hasta el momento en que la empresa contratante necesitara el mismo.

Y si bien, la parte actora señala no entender porque la decisión del empleador de despedir al actor únicamente, cuando la obra o labor para la que había sido contratado también era desarrollada por otros compañeros de trabajo en el mismo puesto o lugar de trabajo; no es posible predicar que estas personas estuvieran contratadas para desarrollar labores de vigilancia

en la redoma San Mateo y mucho menos que dentro de sus funciones estuviera la vigilancia de portería 2 en la Redoma San Mateo.

En cuanto a la continuidad de la labor contratada, que se alega siguió existiendo en ECOPETROL S.A., debe advertirse, que esa es una decisión del contratante y no implica responsabilidad alguna para Sevicol LTDA., como empleador del actor, pues conforme al contrato comercial que suscitó su vinculación, la necesidad de servicio finalizó con el oficio del 27 de enero de 2015 y esto conllevó a que se extinguiera la labor por la que se suscribió su contrato de trabajo.

Por lo anterior, no existe despido o terminación unilateral sin justa causa, sino la expiración del objeto contratado entre las partes, lo que conlleva a resolver de manera desfavorable al actor el primer problema jurídico.

Procediendo con el segundo problema jurídico, esto es el reparo del recurrente de no ser tener el auxilio de alimentación y el auxilio de transporte incidencia salarial, vemos que es sabido que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero y en especie como contraprestación directa del servicio; también es salario los pagos que tengan esa naturaleza, bien por voluntad del empleador o por haberse pactado así en el contrato de trabajo.

Anudado a lo anterior, cabe señalar, que el artículo 128 del C.S.T, permite acordar válidamente la desalarización de determinados pagos que realiza el empleador al trabajador, con la finalidad de que no se constituye en factores para liquidar prestaciones sociales e indemnizaciones.

En el caso objeto de estudio, el demandante y la empresa Sevicol LTDA pactaron en la cláusula quinta del contrato laboral que *“... Las partes acuerdan que en los casos en los que se les reconozca al trabajador beneficios diferentes al salario por concepto de bonificación esporádica, auxilio de alimentos, habitación o vivienda y Transporte, vestuario, funeraria, capacitación, recreación y de calamidad doméstica, primas climáticas de vacaciones y de Navidad, se consideraran tales beneficios o reconocimientos como no salariales y por lo tanto no se tendrán en cuenta como factor salarial para la liquidación de las acreencias laborales y base para el pago de los aportes parafiscales o los aportes a la seguridad social de conformidad con los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990, e igualmente dado que la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada para la cual se contrata el trabajador, se debe prestar por turnos de trabajadores sin solución de continuidad, el trabajador acepta que en tal caso la jornada de trabajo se podrá ampliar y remunerar de conformidad a lo establecido en el artículo 166 del CST modificado por el artículo 3° del Decreto 13 de 1967 ”*

De igual forma, en el Contrato No. 5214624 suscrito por Sevicol LTDA y La Empresa Ecopetrol S.A, se pactó en el literal b) de la Cláusula Sexta (fol. 24), que el contratista debía suministrar alimentación en el lugar de ejecución del contrato a su personal vinculado mediante contrato de trabajo y con dedicación exclusiva al contrato de Ecopetrol; precisando que, el auxilio no tendría incidencia salarial.

En relación con el auxilio de transporte, también en el contrato de prestación de servicios se indicó que debía ser otorgado en dos modalidades, suministro en especie, y auxilio de transporte, el cual, se autorizaba compensarlo en dinero, para aquellos trabajadores ubicados en Bogotá y en aquellas áreas que no fuese posible suministro de transporte en especie, evento en el cual este no tenía incidencia salarial.

También se observa que el demandante y La Empresa Sevicol LTDA suscribieron un otrosí al contrato de trabajo el día 28 de septiembre del 2014, (folio 359 y 365) del expediente, en el cual se pactó que el auxilio de transporte y el auxilio de alimentación se realizaría por mera liberalidad, tanto de parte Ecopetrol S.A, como de Sevicol LTDA, pero que ningún momento tenía como finalidad remunerar la labor del trabajador, por lo tanto estos no tendrían incidencia salarial para la liquidación de las prestaciones sociales y aportes.

Sobre el tema, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 1798 del 2018, recordó cuáles eran estos eventos los pagos que se entiende que son salario. *“En este punto juzgan prudente la sala cabe recordar que por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salarios, a menos que: Primero: Se trata de prestaciones sociales, Segundo: de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para beneficio personal o enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; Tercero: se trata de sumas ocasionales entregadas por mera liberalidad del empleador; Cuarto: los pagos laborales que por disposición legal no son salarios porque no poseen un propósito remunerativo tales como el subsidio familiar, Las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; Quinto: los beneficios o auxilios habituales y ocasionales acordados convencional o contractualmente Otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o especie tales como la alimentación, habitación, vestuario, las primas extralegales de vacaciones de servicios o de Navidad”*

En consecuencia, al encontrarse probado en el plenario que el empleador acordó con las demandantes que tales beneficios no son constitutivos de salario, pues el pago de estas bonificaciones o subsidios, no estaban destinadas a remunerar el servicio o enriquecer el patrimonio del trabajador, sino ayudarlo a desempeñar cabalmente sus funciones, la Sala despachará

de manera desfavorable la solicitud del recurrente y confirmará totalmente la sentencia impugnada.

Finalmente, por no prosperar el recurso de apelación interpuesto por la actora, se condenará en costas de segunda instancia, a favor de la parte demandada en cuantía de \$250.000.

7. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada de fecha 22 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo anteriormente indicado.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia, a la parte demandante y favor de la demandada en cuantía de \$250.000. por las razones antes expuestas.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



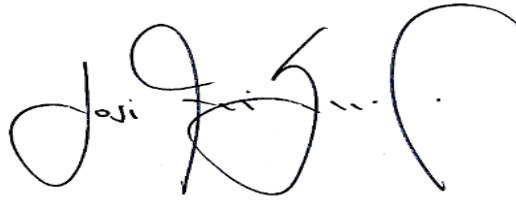
NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES

Magistrada Ponente



ELVER NARANJO

Magistrado



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 036, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de Marzo de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2019-00108-00
RADICADO INTERNO:	19.018
DEMANDANTE:	RUBÉN JAIRÓ LÓPEZ OBANDO
DEMANDADO:	A.F.P. PORVENIR

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor RUBÉN JAIRÓ LÓPEZ OBANDO contra A.F.P. PORVENIR, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2019-00108-00, y Radicación interna N° 19.018, de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 25 de junio 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

El señor RUBÉN JAIRÓ LÓPEZ OBANDO, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra A.F.P. PORVENIR para que se le condene a reconocer y pagar la devolución de saldos por el total del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual al 1 de febrero de 2018, que según extracto asciende a \$56.900.825 debidamente actualizado y capitalizado a la fecha de pago, así como los intereses moratorios causados por su demora en el pago o en su defecto la correspondiente indexación.

Como fundamento fáctico refiere, que nació el 14 de junio de 1956 y durante su vida laboral se desempeñó como docente tanto en el sector público como el privado; que por lo primero le fue reconocida pensión de jubilación a cargo del FOMAG mediante Resolución No. 0746 del 14 de octubre de 2015 expedida por la Secretaría de Educación de Cúcuta. Que como trabajador privado estuvo afiliado a AFO PORVENIR para cubrir el riesgo pensional, cotizando un total de 513 semanas para un capital acumulado al 1 de febrero de 2018 de \$56.900.825, el cual fue solicitado a la entidad por contar con la edad requerida en la ley y no tener el capital suficiente para pensionarse, pero esa entidad se niega aduciendo que ya cuenta con una prestación pensional y que esos aportes entonces deben tenerse en cuenta para financiar la misma,

desconociendo la jurisprudencia que dispone la compatibilidad de estas prestaciones para pensionados del Magisterio docente.

La demandada PORVENIR S.A. contestó a los hechos que deben probarse, aclarando que sí reconoció y pagó devolución de saldos por \$8.301.204 que era el valor disponible en su cuenta de ahorro individual, dado que para entonces se solicitó liquidación de bono pensional al Ministerio de Hacienda y generó “*bono no redimible*” alegando que percibía una pensión de jubilación, siendo esa la entidad encargada de liquidar, emitir y pagar el bono, pues PORVENIR solo actúa como intermediaria y su respuesta se debe a la alegada incompatibilidad de la prestación ya reconocida. De manera, que a la fecha esa entidad ha cumplido con el pago del saldo disponible y se opone a las pretensiones, pues las mismas dependen de las actuaciones del MINISTERIO DE HACIENDA. Propone como excepciones de mérito FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO respecto de COLPENSIONES y el MINISTERIO DE HACIENDA – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, COMPENSACIÓN, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, PAGO, BONO PENSIONAL NO EMITIBLE e INNOMINADA.

Mediante auto del 4 de junio de 2019 se dispuso la vinculación de COLPENSIONES y la NACIÓN- OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

COLPENSIONES contestó a la vinculación señalando que el actor ya tiene una pensión de jubilación por Ley 33 de 1985, estuvo afiliado al régimen de prima media hasta marzo de 1998 y según se evidencia ha solicitado devolución de saldos. Se opone a las pretensiones por estimar que existe falta de legitimación en la causa en su contra por no ser la entidad donde está afiliado el actor y propone como excepciones INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE LEGITIMACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADA.

El MINISTERIO DE HACIENDA contestó a la demanda negando los hechos por no constarle, oponiéndose a las pretensiones porque el actor está inválidamente afiliado al RAIS desde que suscribió el formulario, dado que era una persona excluida del sistema de seguridad social y está actualmente beneficiado de una prestación financiada con recursos públicos, siendo imposible jurídicamente reconocer el bono pensional solicitado. Propone como excepciones la INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN, RECONOCIMIENTO DE BENEFICIO PENSIONAL A CARGO DEL ISS alegando que en todo caso los recursos del bono deben ir al ISS y esta trasladarlos a la AFP PRIVADA, pues es el trámite adecuado.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada PORVENIR S.A. y MINISTERIO DE HACIENDA contra la Sentencia del 25 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el demandante RUBEN JAIRO LOPEZ OVANDO le asiste el derecho de la devolución de saldos en la totalidad del capital

acumulado en su cuenta de ahorros individual, incluido los rendimientos financieros y el valor del Bono Pensional de conformidad con el Art. 66 de la Ley 100 de 1993, salvo que se evidencia al momento de la liquidación que hay lugar a reconocer de una pensión de Vejez.

SEGUNDO: ORDENAR a la Oficina de Bonos Pensionales del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** a emitir, liquidar y redimir el Bono Pensional del señor RUBEN JAIRO LOPEZ OVANDO, depositando el mismo a la cuenta de ahorro individual que posee en la Administradora de Cesantías PORVENIR S.A., con el fin que esta proceda a entregarse su importe al demandante incluidos los dineros que posea en su cuenta de ahorros individual, con los respectivos rendimientos financieros.

TERCERO: ORDENAR a la Sociedad Administrativa del Fondo de Pensiones **PORVENIR S.A.**, a que reconozca y pague al demandante la devolución de Saldos previstas en el Art 66 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con lo señalado en esta Sentencia salvo que se evidencia al momento de su liquidación que hay lugar de reconocer una Pensión de Vejez.

CUARTO: DECLARAR como no probada las excepciones solicitadas por **PORVENIR S.A.** y el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO**, que denominaron o se relacionen con la inexistencia de las obligaciones a su cargo, declarar probada la excepción de compensación solicitada por **PORVENIR S.A.** y la excepción de la inexistencia y obligación solicitada por **COLPENSIONES**.

QUINTO: CONDENAR en costas a cargo de las partes demandadas **PORVENIR S.A.**, y **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, fijar como agencias a favor del demandante la suma de un (01) salario mínimo legal vigente a cada de una de estas entidades accionadas.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que los problemas jurídicos a resolver son si le asiste al actor derecho a la devolución de saldos por parte de PORVENIR S.A. pese a percibir pensión de jubilación por parte del FOMAG, así como si es procedente la expedición de bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda con destino a la AFP privada por aportes efectuados con anterioridad a la afiliación del régimen de prima media y si resultan compatibles las prestaciones reclamadas por el actor para ordenar la devolución de saldos con los intereses o indexación.

- Explica, que son hechos aceptados por las partes que el actor nació el 14 de junio de 1956, realizando aportes a pensión al ISS hasta septiembre de 1994 cuando se trasladó a PORVENIR y que paralelamente por servicios prestados al Magisterio docente le fue reconocida pensión de jubilación en octubre de 2015. Que el 15 de julio de 2018 solicitó a PORVENIR la devolución de saldos, pero se accedió a ella solo parcialmente por suma de \$8.301.204 que eran los aportes realizados a esa entidad directamente pero se abstuvo de devolver las sumas contenidas en Bono Pensional Tipo A, alegando que eran incompatibles por la pensión de jubilación percibida.

- Sobre la expedición del bono pensional por parte del Ministerio, indica, que conforme al régimen jurídico de la pensión de jubilación de los docentes oficiales depende del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado con la Ley 91 de 1989, quedando excluidos del sistema integral de

seguridad social por el artículo 279 de la Ley 100, de manera que las prestaciones derivadas de este subsistema son compatibles y solo hasta la Ley 812 de 2003 se creó un régimen de transición para incorporarlos al sistema general de pensiones pero a quienes ingresaran a partir de ese momento, de manera que a los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003 les es aplicable la Ley 91 de 1989 con su excepción al régimen pensional general, resultando compatibles todas las prestaciones que se causan independientemente entre ambos regímenes y eso implica que el afiliado tiene derecho a percibir de la administradora de pensiones (prima media o ahorro individual) la totalidad de sus aportes.

- Respecto de lo expuesto por el Ministerio de Hacienda, señala que los docentes que prestan servicios en el sector oficial tienen la posibilidad de afiliarse a cualquiera de los dos regímenes en pensiones y hacer allí sus aportes, siendo posible que antes de la vinculación como docente hubiera tenido otra vinculación con el Estado cuyos aportes resultantes deben ser dirigidos al sistema general de seguridad social y en todo caso el bono pensional resultante no constituiría doble asignación del erario público, pues el bono está destinado a financiar la cuenta de ahorro individual como resultado de la relación laboral que la generó y que tienen carácter de parafiscal, pero que constituyen el patrimonio del afiliado pese a estar administrado por un tercero.

- Concluye, que, aunque inicialmente el aporte fuera del erario público, este ingresó al patrimonio privado del trabajador y ya no puede considerarse como tal, señalando, que en sentencia del 18 de junio de 2018 la Sala de Casación Laboral refiere que el Ministerio de Hacienda tiene la obligación de expedir y liquidar el bono pensional, pues el valor que lo compone debe servir para financiar la prestación sin perjuicio de la entidad donde esté afiliado.

- Para el caso concreto identifica que el actor cotizó al I.S.S. entre mayo de 1985 a noviembre de 1994, a través del Colegio José Celestino Mutis y los particulares ARENA DE MEDINA LUCRECIA, ESPINEL SANCHEZ LUIS y PEÑARANDA AYALA ISBELIA; de manera que no existe la imposibilidad de emitir el bono pensional ni la incompatibilidad con las prestaciones del Magisterio Docente, por corresponder a aportes diferentes, como ha reiterado ampliamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral.

- En cuanto al trámite y responsabilidades de la emisión del bono pensional, señala, que corresponde la devolución de saldos acumulados en la cuenta de ahorro individual al afiliado al RAIS que no alcance a acumular el capital suficiente para pensionarse y entre los valores que deben restituirse están los bonos pensionales que contribuirían a financiar la eventual pensión de vejez, de manera que estos son necesarios para verificar el saldo total ahorrado y corresponde su emisión, calculo y revisión al ministerio de Hacienda, en los diferentes tipos de bonos existentes, hasta entregarlo a la administradora donde esté afiliado el beneficiario sin importar si es de prima media o ahorro individual.

- Concluye entonces, que para identificar la suficiencia de capital para pensión, compete a la AFP solicitar a nombre del afiliado la emisión del bono pensional y el Ministerio de Hacienda debe hacer los trámites para su liquidación y pago, de manera que solo una vez depositado en la cuenta de

ahorro individual del afiliado se pueda verificar si procede la pensión o la devolución de saldos.

- En este asunto el actor cumplió la edad para pensión el 14 de junio de 2018, solicitando al día siguiente su devolución de saldos y esa entidad le devolvió solo parcialmente lo ahorrado, pues el MINISTERIO DE HACIENDA detuvo el pago del bono pensional al considerar que existía incompatibilidad, lo que una vez descartado da lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los saldos que debían componer la cuenta de ahorro individual, para lo cual previamente se ordenará al MINISTERIO DE HACIENDA admitir, liquidar y remitir el bono pensional a favor del actor, depositando el mismo la cuenta de ahorro individual que posee en la Administradora de Fondo de Pensiones Privada.

- Encuentra probada la excepción de inexistencia de obligación propuesta por COLPENSIONES y la compensación por \$8.301.204 propuesta por PORVENIR al evidenciar que ya efectuó ese pago que no puede ser repetido, despachando desfavorablemente las demás excepciones propuestas por PORVENIR y el MINISTERIO DE HACIENDA, así como la de prescripción por ser criterio unificado que la pretensión es de carácter imprescriptible.

- Rechaza las pretensiones de intereses moratorios por cuanto el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 solo los contempla para las mesadas pensionales.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada A.F.P. PORVENIR

El apoderado de la demandada PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando lo siguiente:

- Que en el curso del proceso quedó evidenciado que la entidad no propició la interposición de la demanda, pues todo depende de la emisión del bono pensional que es competencia única y exclusiva del Ministerio de Hacienda, por lo que cualquier decisión en contra es imposible de cumplir hasta tanto se desarrolle el otro trámite, por lo que solicita se le releve de la condena en costas impuestas o en su defecto se revise su monto, que si bien debe ser controvertida contra el auto que las aprueba, deja su inconformidad fijada sobre el valor impuesto por ser excesivo dado que quedó demostrado que su actuación se hizo conforme a derecho.

3.2 Del integrado MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

La apoderada del integrado MINISTERIO DE HACIENDA, interpuso recurso de apelación contra lo resuelto por el *a quo*, señalando lo siguiente:

- Que insiste en la defensa propuesta desde la contestación sobre que debe garantizarse el adecuado uso de los recursos del tesoro público, pues la orden de emitir un bono pensional y pagarlo impacta la sostenibilidad financiera del sistema, teniendo en cuenta que este debe liquidarse conforme al historial laboral reportado por el ISS-COLPENSIONES, a través de su archivo laboral masivo, por lo que cuando se trata de empleadores que cotizaron al mismo o cuando se trata de tiempos laborados o cotizados con

empleadores del sector público sin cotizaciones, pero que en todo caso se reconoce con cargo a los recursos públicos de la Nación.

- Que por ende no pueden ser reconocidos a favor de una persona que ostenta ya una pensión del fondo de prestaciones sociales del Magisterio, pues encontraría percibiendo más de una asignación proveniente del tesoro público y por ende lo correspondiente sería trasladar los aportes a COLPENSIONES y que sea este quien los traslade a la AFP, como se ha indicado por otros despachos judiciales, no estando de acuerdo es con el uso de la figura del bono pensional para cubrir esta obligación.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

- PARTE DEMANDANTE:** La apoderada del demandante solicitó que se confirme lo resuelto en primera instancia, señalando que al actor se le reconoció por una parte la pensión de jubilación como docente y paralelamente cotizó al régimen privado a través de PORVENIR, solicitando la devolución de saldos que es plenamente compatible con las demás prestaciones devengadas por el FOMAG, incluyendo lo correspondiente al bono pensional que debe ser emitido, liquidado y redimido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por conformar los rendimientos financieros del afiliado.

Señala que no existen normas que contemplen la alegada incompatibilidad, pues los dineros que conforman el capital acumulado no provienen del tesoro público sino que tienen naturaleza parafiscal, al ser remuneraciones del sector privado administrados por los fondos, reconociéndose desde providencia SL451 de 2013 que la compatibilidad incluye los posibles bonos pensionales que tuviera a favor el afiliado.

- PARTE DEMANDADA:** La apoderada de la entidad COLPENSIONES reiteró lo expuesto desde primera instancia al estimar que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto el actor se trasladó el régimen de prima media a PORVENIR S.A. y se dispuso la movilidad de sus 376.71 semanas, siendo esta la llamada a responder.

El apoderado de la entidad PORVENIR S.A., indicó que se debe mantener parcialmente la decisión de primera instancia pues ya se realizó la devolución de saldos pero solo resta por cancelar lo que el MINISTERIO DE HACIENDA se ha negado a emitir del bono pensional, haciéndose todas las gestiones correspondientes pero la negativa se circunscribe a esa entidad. Estima que el fallo es adecuado pero que su cumplimiento depende de la orden dada al Ministerio y debe tenerse en cuenta el valor ya cancelado.

6. 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.

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si la devolución de saldos consagrada en el régimen de ahorro individual es compatible con la pensión de jubilación que le fue reconocida al demandante RUBÉN JAIRO LÓPEZ OBANDO por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en caso afirmativo, deberá examinarse si es procedente la orden al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de emitir, liquidar y redimir el Bono Pensional Tipo A que contiene los aportes realizados por el trabajador al ISS antes de su traslado?

8. CONSIDERACIONES:

En atención a la controversia que se plantea en el presente caso, le corresponde a la Sala de Decisión Laboral determinar como primer aspecto, dado el grado jurisdiccional de consulta, definir si la la devolución de saldos consagrada en el régimen de ahorro individual es compatible con la pensión de jubilación que le fue reconocida al demandante RUBÉN JAIRO LÓPEZ OBANDO, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y en caso afirmativo, se analizarán los argumentos esbozados por la apelación del MINISTERIO DE HACIENDA sobre que estos no pueden incluir directamente los recursos del bono pensional Tipo A, por existir incompatibilidad o no proceder sino a través de Colpensiones, y finalmente si la condena en costas contra PORVENIR es adecuada según los trámites adelantados en el proceso.

Al respecto, el Juez *a quo* resolvió que no puede hablarse de incompatibilidad entre la devolución de saldos y la pensión de jubilación pagada por el FOMAG, por cuanto los aportes que realizan los empleadores y trabajadores con destino al sistema de pensiones no tienen la categoría de recurso público, debiendo ser utilizados para cubrir la prestación respectiva sin perjuicio del régimen al que esté afiliado el actor y por ende procede percibir ambas prestaciones; así mismo, indicó que correspondía al Ministerio de Hacienda admitir, liquidar y remitir el bono pensional a favor del actor, depositando el mismo la cuenta de ahorro individual que posee en la Administradora de Fondo de Pensiones Privada por no existir la imposibilidad jurídica alegada. Conclusiones que serán analizadas en función del grado de consulta y los recursos de apelación interpuestos.

Para resolver el primer aspecto de la controversia, es necesario precisar que jurisprudencialmente se ha identificado que el concepto de compatibilidad pensional se debe definir por tres conceptos: *(i) el origen de la contingencia o riesgo que amparan –criterio principal-, ello siempre que no exista una normativa especial que prohíba la compatibilidad;* *(ii) la existencia de una reglamentación propia, y (iii) la autonomía de la fuente de su financiación*, como ha reiterado la Sala de Casación Laboral en múltiples decisiones y recientemente en providencia SL3111 de 2019.

Específicamente sobre la compatibilidad de las pensiones reconocidas en el régimen de los docentes *afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*, como son la pensión de jubilación y la pensión gracia-, y aquellas consagradas en el Sistema Integral de la Ley 100 de 1993 –pensión de vejez o indemnización sustitutiva/devolución de saldos-, se ha establecido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, *“que la pensión de jubilación reconocida a docentes es compatible con la pensión de vejez que puede obtenerse de Colpensiones, por la fuerza laboral desplegada en una institución privada”*. La alta corporación, también ha sido reiterativa en advertir que *“los aportes que realizan los afiliados a la pasiva no pueden equipararse a dineros del tesoro público, pues estos no son propiedad de esta entidad, sino que aquella solo actúa como mera administradora de dichos recursos, y en caso de que los aportes provengan de una entidad pública, tampoco se puede indicar que son del erario, pues estas cotizaciones tienen una naturaleza parafiscal con una destinación específica”*. (CSJ SL, 14 feb. 2005, rad. 24062, CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y SL 451-2013).”

Esta conclusión, se funda en las razones de existir para los docentes públicos una reglamentación propia y por tener esas prestaciones dos fuentes de financiación diferentes, independiente de que en apariencia cubran el mismo riesgo o contingencia; explicando la Corte en providencia del 6 de diciembre de 2011, rad. 40848, reiterada en SL2655 de 2018 que *“el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación”* y así cuando los docentes oficiales desarrollan funciones adicionales en establecimientos educativos de orden particular o cualquier otra relación laboral particular diferente, surge para sus empleadores el deber de cotizar en función de dicha relación laboral, por lo que la prestación a cargo del I.S.S. tiene su origen en dichos aportes mientras la del magisterio docente está financiada por asignaciones provenientes del tesoro público.

En el caso de estudio, al actor ya le fue reconocida una pensión de jubilación por parte del FOMAG y actualmente está reclamando el reconocimiento de la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual con solidaridad a cargo de PORVENIR S.A.; cumpliéndose con los conceptos de reglamentación propia y autonomía en fuente de financiación para validar la compatibilidad entre prestaciones de ambos regímenes, dado que cada una cuenta con recursos propios para su financiación, y los aportes que realicen los afiliados a la pasiva no pueden equipararse a dineros del tesoro público, por que provienen de su fuerza productiva en la proporción legalmente asignada para empleador y trabajador.

Así mismo, ha analizado la Corte que no puede predicarse imposibilidad para que un bono pensional sea incluido en la devolución de saldos de docentes pensionados por el FOMAG; como puede verse en providencia SL3551 de 2020 donde se explica que:

“de acuerdo a la jurisprudencia reseñada, es válido el traslado de Antonio Gómez Pino a COLFONDOS S.A., pues si bien prestó sus servicios a establecimientos educativos oficiales y por ello adquirió la pensión de jubilación, también resultaba dable que

hubiere cotizando al Sistema General de Seguridad Social, como docente de instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el ISS, con la posibilidad de que esos aportes fueran trasladados al RAIS, a través de la expedición de bono pensional.

Por último, se recuerda que la el bono pensional tiene como finalidad contribuir, en principio, a la financiación de una pensión de invalidez, vejez o muerte; sin embargo, quienes a los 62 años de edad si es hombre o 57 si es mujer, no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para sufragar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho, en los términos de los arts. 64, 65 y 66 de la Ley 100, en concordancia con los arts. 113, 118 119 y 121 ibídem y el Decreto 1299 de 1994.”

Esta conclusión es reiterada posteriormente en proveído SL3649 de 2020 donde se señala que:

“Por tanto, es dable concluir que no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal.

Pues a la demandante, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, le era dable prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y obtener una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones educativas privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional que haría parte integral del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual y, por ende, se debía tener en cuenta ante una posible devolución de saldos.”

Revisado el caso concreto del señor LÓPEZ OBANDO, se evidencia que mediante Resolución No. 0746 del 14 de octubre de 2015, le fue reconocida pensión de jubilación por servicios prestados como docente departamental en la Institución Educativa Colegio Integrado Juan Atalaya entre 1995 y 2015; así mismo, que estuvo afiliado al I.S.S. entre el 22 de mayo de 1985 y noviembre de 1994, prestando servicios a los particulares COLEGIO JOSÉ CELESTINO MUTIS, LUCRECIA ARENAS DE MEDINA, LUIS ESPINEL SÁNCHEZ e ISBELIA PEÑARANDA DE AYALA, trasladándose en diciembre de 1994 al régimen de ahorro individual donde siguió cotizando por otros empleadores privados.

De acuerdo con lo explicado, es claro para la Sala, que la pensión de jubilación reconocida al actor como docente oficial resulta compatible con la devolución de saldos del régimen de ahorro individual al tratarse de regímenes con reglamentación propia y autonomía de financiación, por lo que la negativa del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de tramitar la emisión, liquidación y pago del bono pensional destinado a financiar la

cuenta de ahorro individual del actor, no tiene sustento legal, asistiendo razón al *a quo* cuando señaló que se trataban de prestaciones plenamente compatibles pues en todo caso los fondos se derivan de cotizaciones realizadas en el sector privado y que verificados no se aprecia se estén teniendo en cuenta de manera doble por parte de las entidades administradoras de cada régimen pensional.

Respecto de la inconformidad del MINISTERIO DE HACIENDA con la orden dada en el numeral segundo de la sentencia apelada y en consulta, se advierte que desde la contestación de la demanda dicha entidad había indicado que consideraba improcedente emitir el bono pensional por la ya discutida incompatibilidad y que en todo caso, lo adecuado sería ordenarle devolver los fondos a COLPENSIONES para que sea este quien los traslade a PORVENIR.

No obstante, esta argumentación se reitera no tiene fundamentación legal pues los conceptos que actualmente retiene el MINISTERIO DE HACIENDA y que conforman el bono pensional pendiente de reclamación, corresponden a aportes realizados por empleadores y trabajador por servicios privados que nunca pueden confundirse con tesoro público, pues su destinación específica es cubrir las contingencias del sistema de pensiones.

Así mismo, admitir la solicitud del apelante implicaría desconocer la obligación que le impuso el Decreto Ley 1299 de 1994, cuyo artículo 11 establece que el bono pensional se redimirá cuando haya lugar a la devolución de saldos y sobre su emisor, el artículo 14 señala que competirá a la NACIÓN en el escenario descrito en el artículo 16 así:

*“La Nación emitirá el bono pensional a los afiliados al sistema general de pensiones, **cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales**, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra caja, fondo o entidad del sector público sustituido por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.*

Los bonos a cargo de la Nación se emitirán con relación a los afiliados de las entidades anteriormente citadas que estuviesen vinculados con anterioridad al 1 de abril de 1994.”

Como se explicó en precedencia, los aportes que están contenidos en el bono pensional pendiente de redención corresponden a servicios cotizados por los patronos del actor al I.S.S. de mayo de 1985 a noviembre de 1994, por lo que se trata de una vinculación anterior al 1 de abril de 1994 y compete su redención por expresa disposición legal la expedición del Bono a la Nación, a través de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; no siendo posible entonces imponer a COLPENSIONES una carga que legalmente no le fue asignada y reiterando, que no se trata de recursos del tesoro público de los que pueda afirmarse imposibilidad constitucional de cancelar.

Así mismo, frente a quien tiene la responsabilidad de tramitar hasta alcanzar la efectividad del bono pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL451 de 2013, concluyó que:

“Para darle una respuesta adecuada a las acusaciones planteadas, basta con advertir que la demandada funge como administradora del fondo de pensión de la demandante y que, por tal virtud, tiene a su cargo el reconocimiento de las prestaciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que contempla la Ley 100 de 1993, entre otras, como en este caso, la devolución de los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual.

Lo anterior implica que, por la misma calidad de administradora, la demandada tiene el deber de adelantar todas las diligencias necesarias para obtener de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor del bono pensional, con el que se completa el capital acumulado de la demandante en su cuenta de ahorro individual y que debe ser materia de devolución de saldos.

*La Sala ha expresado en este punto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 20 del Decreto 1513 de 1998, **es a las administradoras de fondos de pensiones a quienes corresponde ejercer todas aquellas acciones encaminadas a completar el capital de la cuenta de ahorro individual de sus afiliados**, como las que tienen que ver con la emisión de los bonos pensionales. (Ver la sentencia del 19 de mayo de 2009, Rad. 34810).”*

En consecuencia, asistió razón al juez *a quo* cuando definió que correspondía al MINISTERIO DE HACIENDA emitir, liquidar y redimir el bono pensional del actor para depositarlo en la cuenta de ahorro individual de este en PORVENIR, quien, a su vez, debe incluirlo y disponer su entrega final al afiliado con los respectivos rendimientos financieros; por lo que habrán de confirmarse los numerales del primero al cuarto de la sentencia impugnada y en consulta.

Finalmente, en lo que corresponde al recurso de apelación de PORVENIR S.A., esta entidad señala, que no está conforme con la imposición de la condena en costas en su contra pues nunca se opuso a la entrega de la devolución de saldos, dado que inclusive entregó los saldos disponibles en la cuenta del afiliado, y las pretensiones estaban dirigidas al valor sin redimir del bono por la decisión del MINISTERIO DE HACIENDA de no redimirlo alegando incompatibilidad.

Efectivamente, una vez revisado el material probatorio obrante al plenario se evidencia que la oposición de PORVENIR S.A. estuvo fundada en la decisión del MINISTERIO DE HACIENDA de no hacerle efectivo el bono pensional en favor del actor y que esa entidad cumplió tanto con la entrega de los saldos disponibles, como con solicitar el bono pensional a la Nación sin éxito; siendo por sus excepciones previas que se dispuso la vinculación del ente nacional.

Conforme al artículo 365 del C.G.P., la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso y revisada la actuación dirigida por PORVENIR S.A., su oposición efectivamente estuvo fundada en la negativa del MINISTERIO DE HACIENDA a redimir el bono pensional y no por una situación que le fuera imputable, dado que desde antes del proceso ya había accedido a la devolución de saldos sin alegar incompatibilidad entre prestaciones. Por lo tanto, estima la Sala que le asiste razón al estimar que

no era procedente una condena en costas en su contra, dado que la condena en contra es consecuencia de las decisiones administrativas de un tercero y no por una oposición propia.

En consecuencia, se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia de primera instancia que condenó en costas a PORVENIR S.A. y en su lugar le absolverá de las mismas, manteniendo la condena en costas contra el MINISTERIO DE HACIENDA por ser el vencido en este proceso, pues fue su oposición la que fue despachada desfavorablemente.

Igualmente, al prosperar el recurso de apelación de PORVENIR S.A. no proceden costas en su contra de segunda instancia y al resultar vencido también en segunda instancia, se condenará en costas de esta al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Fíjense las mismas en un salario mínimo mensual legal vigente a favor del demandante.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia del 25 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, y en su lugar ABSTENERSE de condenar en costas de primera instancia a PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la sentencia apelada y en consulta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

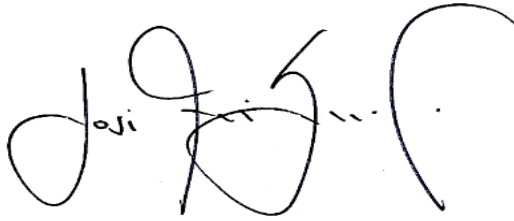
TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

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. 036, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de Marzo de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2018-00355-00
RADICADO INTERNO:	19.055
DEMANDANTE:	CRISANTO LEIVA MELO
DEMANDADO:	COLPENSIONES – AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA ARL

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CRISANTO LEIVA MELO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA ARL, radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2018-00355-00, y radicación interna N° 19.055 de este Tribunal Superior, a conocer en grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 30 de julio 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 RELEVANTES DE LA SENTENCIA

1.1 Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala conocerá en grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 30 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, la cual resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A ARL y COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante.

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

1.2 Fundamento de la decisión

Dentro de sus consideraciones, el A quo argumentó lo siguiente:

• Que el proceso gira en torno a determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de pensión de invalidez, beneficio que se confiere al trabajador cuando como consecuencia de una enfermedad o accidente

laboral o común se disminuye su capacidad laboral en un porcentaje establecido en la ley.

- Que dependiendo del origen de la pérdida de capacidad laboral se establece el responsable del pago de las prestaciones que se generen por la enfermedad o accidente para que el trabajador vea salvaguardado el mínimo vital y la continuidad de su tratamiento.

- Que la norma llamada a regular la pensión de invalidez por enfermedad o accidente de origen laboral es la ley 776 de 2002, donde se impone la obligación a la ARL que estuviera afiliado el trabajador cuando se cumplan los requisitos establecidos, siendo requisito en invalidez común o laboral haber perdido el 50% de capacidad laboral y en la laboral no se exigen semanas mínimas cotizadas sino la ocurrencia por razones del trabajo.

- Que en este caso la parte demandante para demostrar el estado de invalidez allegó como prueba en la demanda, el dictamen del 5 de junio de 2018 realizado de forma particular en la IPS ASSOT S.A.S que obra a folios 14 a 28 del expediente, el cual se determinó que el actor sufrió una pérdida de capacidad laboral del 51.76% de origen laboral.

- Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 228 del C.G.P., la demandada AXA SEGURO DE VIDA S.A ARL solicitó como contradicción del dictamen aportado con la demanda se citó a la perito doctora María Cecilia Rivera para que se presentará a la audiencia donde se formularía el respectivo interrogatorio, sin embargo como la perito no asistió a la diligencia se determinó que dicho dictamen no tenía valor, decisión que quedó en firme debido a que no fue objeto de recurso por la parte demandante.

- Que además se decretó como prueba que se incorporara el dictamen 23985 del 31 de octubre de 2019 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 33.20% de origen común, el cual fue apelado por el demandante, por lo que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profiere una calificación integral que corresponde a un 44.49%.

- Que de acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que el estado de invalidez de que trata el artículo 38 de la ley 100 de 1993 y el artículo 9vo de la Ley 776 exige que el trabajador o el afiliado presente una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, y en el presente caso tenemos que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es válido para determinar la pérdida de capacidad laboral del demandante en el cual se realizó una calificación integral en el que se tuvieron en cuenta las patologías de origen laboral y común que sufre, atienda lo establecido por los criterios de la Corte Constitucional en la sentencia C-425 del 2005 y T 518 del 2011.

- Que por lo anterior, se puede concluir que el señor Crisanto Leiva Melo a pesar de la concurrencia de estas patologías de diverso origen no acredita un requisito indispensable para acceder a la pensión de invalidez como lo es el tener una pérdida de capacidad laboral superior al 50% en razón a que la calificación integral arroja un total del 44.49%, y la parte demandante una vez se le corrió traslado a este dictamen mediante auto del 10 de diciembre del 2019 tenía el derecho de controvertir el mismo, sin

embargo guardo silencio por lo que es este una plena prueba para determinar que en este caso el señor Crisanto Melo Leiva no acreditó el estado de invalidez necesario para concederle a la pretensión reclamada.

2. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa al demandante como afiliado del sistema general de riesgos laborales, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

3. ALEGATOS

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

• **PARTE DEMANDANTE.** No presentó alegatos de conclusión.

• **PARTE DEMANDADA.** La apoderada de COLPENSIONES, indicó que el Señor Crisanto Leiva Melo, no acreditó el estado de invalidez en los términos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9° de la Ley 776 de 2002, pese a contar con la valoración de las Calificadoras Regional y Nacional respectivamente.

4. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

5. PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Los problemas jurídicos para dirimir la controversia sometida a su consideración son los siguientes: ¿Sí el señor CRISANTO LEIVA MELO tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez reclamada? en caso afirmativo deberá determinarse ¿Qué entidad demandada debe responder por tal prestación?

6. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar en grado de consulta si están llamadas a prosperar o no las pretensiones propuestas en la demanda que interpuso el señor CRISANTO LEIVA MELO contra COLPENSIONES y AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA ARL, destinadas a reconocer su estado de invalidez por haber sufrido una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, y como consecuencia de ello que se condene a reconocer y pagar la pensión de invalidez y los perjuicios materiales y morales en cuantía de 10 SMLMV.

Como sustento de sus pretensiones alega el actor que el 30 de Septiembre del 2005 sufrió un accidente de trabajo que le ocasiono la enfermedad denominada otros trastornos especificados de los discos intervertebrales, fractura de vertebral lumbar y fue calificado por la ARL AXA Colpatria

Seguros de Vida S.A como una pérdida de capacidad laboral del 27.83%; y posteriormente sufrió un accidente casero del cual se derivó la patología fractura región occipital izquierdo, fractura del calcáneo, contusión de la región lumbar y trauma del tobillo, patologías que no fueron calificadas integralmente por las entidades demandadas, pese a las peticiones presentadas por el actor.

Lo anterior, según aduce el demandante lo obligó a asistir de forma particular a la IPS ASSOT, en el cual se realizó una calificación integral de las patologías mencionadas y se determinó que sufrió una pérdida de capacidad laboral del 51.76%, estructurada el 22 de mayo del año 2018 cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 para adquirir la pensión de invalidez.

la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES indicó que el dictamen que determinó el estado de invalidez del actor, no fue expedido por ninguna de las entidades que señala el artículo 142 del Decreto 019 del 2002 y si bien admite como cierto el hecho vigésimo de la demanda respecto al cumplimiento de los requisitos por parte del actor para acceder a la pensión de invalidez, hace énfasis que el referido dictamen no cumple con los requisitos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, AXA Colpatria Seguros de Vida S.A, al contestar la demanda aceptó la afiliación del demandante Crisanto Melo al Sistema de Riesgo Laborales para el año 2005 cuando prestaba su servicio a la empresa CAPRICORNIO LTDA, así mismo aceptó que como consecuencia del accidente de trabajo el actor fue atendido por las prestaciones médicas asistenciales y que la Junta Regional de Calificación de invalidez determinó que sufrió una pérdida de capacidad laboral del 33.37% por lo que no tiene derecho a la pensión de invalidez que reclama; argumentó igualmente la ARL demandada, que como consecuencia del accidente de trabajo sufrido por el actor el 2 de Mayo del 2008 le reconoció una indemnización por incapacidad permanente parcial por la suma de \$7.480.915 pesos cumpliendo con el deber que legalmente le corresponde.

La jueza a quo resolvió negar las pretensiones por encontrar que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que integra las patologías del actor calificó su pérdida de capacidad laboral en 44.49% el cual resulta inferior al 50% exigido por la norma para el reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada, conclusiones que serán objeto del presente grado jurisdiccional de consulta.

Conforme a los hechos y pretensiones de la demanda, le corresponde a la Sala determinar si el señor CRISANTO LEIVA MELO, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada, y en caso afirmativo qué entidad debía responder por tal prestación; así mismo, si hay lugar al reconocimiento de los perjuicios reclamados por el actor.

El artículo 38 de la Ley 100 de 1993, establece que se considera invalida la persona que, por cualquier causa no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral, y por su parte el artículo 9° de la Ley 776 del 2002 establece que para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento 50% o más de su

capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL366 del 6 de febrero de 2019, recuerda que *“el derecho pensional por invalidez surge precisamente con la calificación de tal condición por parte de la autoridad competente, en este caso, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, a partir de la fecha de estructuración que ella determine y que la normativa aplicable es la vigente en ese momento”*.

Frente a la determinación del origen, se tiene que conforme al artículo 12 del decreto 1295 de 1994 *“Toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común”*, y para ello esta norma prevé que en primera instancia la calificación de origen corresponde a la institución prestadora de servicios de salud que atiende al afiliado, en segunda instancia a la entidad administradora de riesgos profesionales y en caso de discrepancias en el origen serán resueltas por una junta integrada por representantes de las entidades administradoras, de salud y de riesgos profesionales, pero de persistir el desacuerdo procederá el trámite de que trata el artículo 41 de la ley 100 de 1993.

Esta norma establece que en *“caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.”*

Así mismo, el decreto 2463 de 2001 que reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, determina en su parágrafo 1º que *“Las controversias que surjan con ocasión de los conceptos o dictámenes emitidos sobre el origen o fecha de estructuración, serán resueltas por las juntas regionales de calificación de invalidez”*.

Frente a la interpretación de estos parámetros normativos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2287 de 2019 ha recordado que pese a la reglamentación del procedimiento para la calificación y resolución de controversias, no puede entenderse las decisiones de estos organismos como definitivas, únicas o de última instancia; pues los artículos 11 y 40 del propio Decreto 2463 de 2001 expresamente establecen que los *“los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos y sólo pueden ser controvertidos ante la justicia laboral ordinaria”*.

De esta manera, explica la Corte citando providencia SL2496 de 2018 que *“la valoración técnica y científica de las juntas de calificación de invalidez, a través de los procedimientos señalados en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional, es, en principio, la fórmula probatoria propia para la determinación de la condición de invalidez, también lo es, que bajo ciertas circunstancias, dicha valoración es susceptible de ser desvirtuada para efectos de la pensión correspondiente a través de la diversidad de medios probatorios previstos en el ordenamiento jurídico procesal y al tenor de las*

normas que rigen la actividad del juez del trabajo, que, conviene recordarlo, tiene como principio que orienta y dirige su labor falladora la facultad del libre convencimiento en los términos señalados por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”.

En todo caso, recuerda la Corte que *“este tipo de dictámenes no es prueba solemne, de suerte que su contenido puede ser controvertido ante los jueces del trabajo, a quienes les corresponde examinar la realidad fáctica que da contexto a la condición incapacitante allí determinada”.*

Por lo anterior, se advierte que al expediente obran 3 dictámenes de calificación realizados al actor:

- Dictamen del 5 de junio de 2018 realizado en forma particular en la IPS ASSOT S.A.S que obra a folio 14 a 28 del expediente, en el cual se determinó que el actor sufrió una pérdida de capacidad laboral del 51.76% de origen laboral.
- Dictamen No. 537 emitido el 8 de noviembre de 2007 por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER, identificando una PCL de 33.37% con fecha de estructuración 30 de septiembre de 2018 por patologías de “FRACTURA DE CUERPO VERTEBRAL L4”.
- Dictamen No. 1931556923985 emitido el 31 de octubre de 2019 por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ (folio 296 a 307), identificando una PCL del 33.20% de origen enfermedad común con fecha de estructuración 20 de septiembre de 2018 por patologías derivadas de accidente de trabajo del 30 de septiembre de 2005 “OTROS TRANSTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES” – “FRACTURA VERTEBRA LUMBAR” y de la enfermedad común “FRACTURA DEL CALCANEOS, FRACTURA REGIÓN OCCIPITAL IZQUIERDA, LIMITACIÓN DE MOVILIDAD DEL HOMBRO, LIMITACIÓN MOVIMIENTO DE CADERA, LIMITACIÓN DE MOVIMIENTO DE RODILLA” y de enfermedad común “FRACTURA DEL CALCANEOS, y FRACTURA REGIÓN OCCIPITAL IZQUIERDA, LIMITACIÓN DE MOVILIDAD DEL HOMBRO, LIMITACIÓN MOVIMIENTO DE CADERA , LIMITACIÓN DE MOVIMIENTO DE RODILLA”.

Respecto al primer dictamen aportado por la parte demandante, tenemos que el artículo 277 del CGP establece que las partes tienen la posibilidad de presentar un dictamen pericial con la demanda, al señalar lo siguiente: *“la parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior al diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba. El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado”.*

Por su parte el derecho de contradicción de este dictamen esta previsto en el artículo 228 del CGP al indicar: *“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. Estas deberán realizarse dentro*

del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuentes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor”

En este caso, el término del traslado del dictamen aportado por la parte demandante con la demanda, se dio dentro del término de contestación de la demanda de los demandando Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., y como se dejó constancia en la audiencia realizada el 5 de Junio del 2019, (folio 235 a 237 del expediente), al momento de resolver sobre la solicitud de pruebas presentadas por las partes, la demanda AXA Seguros de Vida S.A solicitó como contradicción del dictamen aportado con la demanda y en los términos del artículo 228 del CGP, se citara a la doctora María Cecilia Rivera para que se presentará a la audiencia donde se formularia el respectivo interrogatorio; sin embargo, en la diligencia realizada el 31 de junio de 2019 para la cual fue citada la doctora María Cecilia Rivera para la diligencia de contradicción del dictamen pericial (folio 256 a 257), no se hizo presente, por lo que la jueza *a quo* de conformidad con el artículo 228 del CGP aplicable en material laboral por analogía en virtud a lo establecido en el artículo 145 en el Código Procesal del Trabajo, concluyó que el mismo carece de valor probatorio tal decisión quedó en firme debido a que no fue objeto de recurso por la parte demandante que era la interesada respecto a la validez o valoración de esta prueba dentro del trámite procesal.

Teniendo en cuenta lo anterior es necesario concluir entonces, que el dictamen que fue aportado en la demanda y que fue realizado el 5 de junio del 2018 por la IPS ASSOT S.A.S en la cual se determinó el estado de invalidez del demandante no tiene valor probatorio alguno dentro de este proceso al no ejercerse la contradicción que establece el artículo 228 del CGP y que fue solicitada oportunamente por la demandada ARL AXA Seguros de Vida S.A; lo que deriva en que se mantengan con validez los dos dictámenes expedidos por Juntas de Calificación, donde se arrojó una pérdida de capacidad laboral insuficiente para acceder a las pretensiones.

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 presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, debió haber aportado medios de prueba válidos que arrojaran una firme convicción sobre el mismo.

Sin embargo, analizados los elementos aportados se desprende que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el cual realizó una calificación integral en el que se tuvieron en cuenta las patologías de origen laboral y común que sufre el demandante, es determinante para concluir que el señor CRISANTO LEIVA MELO a pesar de la concurrencia de estas patologías de diverso origen, no acreditó tener una pérdida de

capacidad laboral superior al 50%, en razón a que la calificación integral arrojó un total del 33.20%, y la parte demandante una vez se le corrió traslado a este dictamen mediante auto del 10 de diciembre del 2019 (folio 309) no controvertió el mismo, guardando silencio.

Por ende, ante la ausencia de pruebas que controviertan adecuadamente esta conclusión de las juntas médicas, no es posible establecer que la pérdida de capacidad laboral del actor sea igual o superior al 50% y de esta forma acreditar el estado de invalidez necesario para concederle a la prestación reclamada; una situación de carácter absoluto e indiscutible que debe demostrarse para su reconocimiento.

Finalmente, en cuanto al reconocimiento de los perjuicios materiales y morales debe decirse que el artículo 39 de la ley 100 de 1993 y el artículo 7° del Decreto 1295 de 1994, establecen un sistema de seguridad social integral a favor de los trabajadores tanto en el régimen común como el sistema general de riesgos profesionales, consagrando de manera taxativa las prestaciones que se encuentran a cargo de estas entidades, de manera que no es admisible que dentro de este trámite, el demandante solicite el reconocimiento de perjuicios materiales y morales ya que estas normas no contemplan el pago de los mismo; y en todo caso, estos perjuicios requieren una prueba que demuestre una verdadera afectación, en razón a alguna actuación u omisión de las entidades que son demandadas, circunstancia que en el presente caso no fue demostrada.

Fluye de lo expuesto, que se confirmará en su integridad la decisión en consulta que negó las pretensiones del actor y absolvió a las demandadas de lo reclamado en su contra. Sin costas por encontrarnos en grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia en consulta del 30 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, conforme se expuso en la parte motiva.

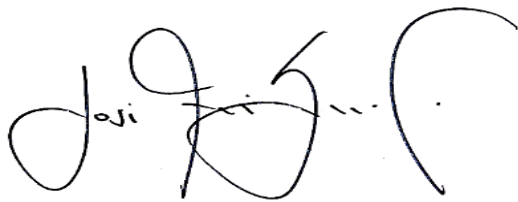
SEGUNDO: SIN COSTAS por encontrarnos en grado jurisdiccional de consulta.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

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. 036, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de Marzo de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2019-00103-00
RADICADO INTERNO:	19.057
DEMANDANTE:	MARÍA CARLOTA MEJÍA DE RIVERA
DEMANDADO:	COLPENSIONES, MARIBEL ALICASTRO QUIROZ Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARÍA CARLOTA MEJÍA DE RIVERA contra COLPENSIONES, MARIBEL ALICASTRO QUIROZ y sus menores hijos LUIS ÁNGEL RIVERA ALICASTRO y RODRIGO QUINTO RIVERA ALICASTRO, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2019-00103-00, y Radicación interna N° 19.057 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia del 14 de agosto 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

La señora MARÍA CARLOTA MEJÍA DE RIVERA, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y MARIBEL ALICASTRO QUIROZ para que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento de su cónyuge LUIS RODRIGO RIVERA LEAL, en porcentaje del 67.28% desde el 11 de febrero de 2017, para que se ordene el pago de las mesadas causadas desde esa fecha debidamente reajustadas y con intereses de mora, o en su defecto, indexación.

Como fundamento fáctico refiere, que es la cónyuge supérstite del señor LUIS RODRIGO RIVERA LEAL, quien falleció el 11 de febrero de 2017, conviviendo bajo el mismo techo entre el 24 de julio de 1969 hasta el 8 de junio de 2001 y procreando juntos 4 hijos: CLAUDIA LEONOR, ERNESTO CAMILO, OSCAR RODRIGO y BERNARDO ENRIQUE RIVERA MEJÍA, ya mayores de edad. Que al momento del fallecimiento estaba vigente el vínculo matrimonial. Que en Resolución No. 1683 del 1 de enero de 2001 se le reconoció al causante pensión de vejez por cuantía que a su fallecimiento ascendía a \$4.295.532. Que la señora MARIBEL ALICASTRO QUIROZ solicitó el 9 de marzo de 2017

pensión de sobreviviente como compañera permanente y en representación de sus hijos menores, pero ya el 24 de febrero de 2017 ella lo había solicitado previamente como cónyuge. Que en Resolución SUB46398 del 26 de abril de 2017 se accedió al reconocimiento en 25% para cada menor, 17% para Maribel Alicastro y 33% a su favor, pero posteriormente se solicitó autorización para revocar ese acto el cual no fue concedido pese a lo cual en Resolución SUB255956 del 27 de septiembre de 2018 se revocó unilateralmente la resolución alegando que se había omitido declarar la cesación de efectos civiles de matrimonio católico para obtener el derecho pensional pero esto no es cierto pues dicha escritura pública fue entregada a la entidad oportunamente. Que se acrecentó el porcentaje de la señora MARIBEL ALICASTRO, ordenándole reintegrar los valores percibidos y contra esa decisión se interpusieron los recursos correspondientes.

La demandada MARIBEL ALICASTRO QUIROZ contestó a los hechos que no es cierto la calidad de cónyuge supérstite pues en escritura pública No. 1893 del 8 de junio de 2001 se decretó la disolución y liquidación de bienes de la sociedad conyugal; y por otra parte en sentencia del 5 de junio de 2018 el Juzgado Cuarto de Familia de Cúcuta declaró que entre MARIBEL ALICASTRO y LUIS RODRIGO RIVERA existió unión marital de hecho entre el 9 de junio de 2001 y el 11 de febrero de 2017. Acepta los demás hechos. Se opone a las pretensiones por estimar que una vez surtida la disolución y liquidación de bienes de la sociedad conyugal, ya no le asisten a la actora los requisitos para reconocimiento de pensión de sobreviviente. Propone como excepciones la INEXISTENCIA DE VÍNCULO CONYUGAL, COBRO DE LO NO DEBIDO, TEMERIDAD y MALA FE DE LA DEMANDANTE.

COLPENSIONES contestó a la demanda aceptando los hechos que constan en documentos y actos administrativos; se opone a las pretensiones por estimar que no está plenamente acreditada la calidad de beneficiaria de la pensión de sobreviviente que alega la actora conforme las resoluciones expedidas que revocaron ese reconocimiento. Propone como excepciones de mérito INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE DE LA ENTIDAD, PRESCRIPCIÓN y GENÉRICA.

Mediante auto del 15 de junio de 2019 se dispuso la vinculación de los menores LUIS ÁNGEL RIVERA ALICASTRO y RODRIGO QUINTO RIVERA ALICASTRO, representados a través de su mamá MARIBEL ALICASTRO QUIROZ, contestando a la demanda en los mismos términos.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia del 14 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por los demandados.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora MARIA CARLOTA MEJIA DE RIVERA tiene la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada el Sr. LUIS RODRIGO RIVERA LEAL, en virtud de lo establecido en el inciso segundo del literal b) del Art. 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por

el Art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que tiene derecho al reconocimiento de la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el causante que corresponde a 31 años, 10 meses y 12 días, por un total de 11.642 días y que para efectos del 50% de la pensión que es discutido, representan un 33.34% de la pensión que será cancelado a partir del 01 de octubre del 2018, en caso que la entidad COLPENSIONES, no haya hecho efectivo el reintegro ordenado en la Resolución N° SUB260167 del 02 de octubre de 2018, y en el evento que el mismo se haya hecho efectivo, el derecho se le reconocerá a partir del 11 de febrero 2017.

TERCERO: DISPONER EL REAJUSTE de la cuota pensional de la Sra. MARIBEL ALICASTRO QUIROZ, en un 16.66% del 50% de la pensión de sobrevivientes de la cual es titular, conforme lo explicado.

CUARTO: ORDENAR que una vez los menores LUIS ÁNGEL RIVERA ALICASTRO y RODRIGO QUINTO RIVERA ALICASTRO, cumplan los 18 años de edad, o no acrediten encontrarse estudiando hasta los 25 años de edad, y por ello, dejen de ser beneficiarios de la pensión de sobreviviente conforme al literal c) del Art. 47 de la ley 100 de 1993, se acreciente el derecho pensional de la Sra. MARIA CARLOTA MEJIA DE RIVERA en un 67.28% y la Sra. MARIBEL ALICASTRO QUIROZ en un 32.72% del 100% de la pensión que dejo causada el Sr. LUIS RODRIGO RIVERA LEAL.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a pagar la cuota parte de la pensión de sobrevivientes de la Sra. MARIA CARLOTA MEJIA DE RIVERA de forma indexada desde el momento de su causación hasta el momento que se haga efectivo el pago de cada una de las mesadas pensionales.

SEXTO: CONDENAR en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la Sra. MARIBEL ALICASTRO QUIROZ.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que son hechos demostrados que el señor LUIS RODRIGO RIVERA LEAL falleció el 11 de febrero de 2017, disfrutando de su pensión de vejez y que la sustitución fue inicialmente reconocida por Colpensiones a sus menores hijos en 50% y el otro 50% en favor de MARIBEL ALICASTRO como compañera permanente y MARÍA CARLOTA MEJÍA como cónyuge supérstite, pero esta última vio revocado posteriormente su reconocimiento por evidenciar cesación de efectos civiles de su vínculo matrimonial y se le retiró de nómina, solicitando la devolución de las mesadas pagadas.

- Establece, que la controversia entre las partes se centra en cuanto a la vigencia del vínculo matrimonial de la señora MARÍA CARLOTA MEJÍA con el causante, para determinar su calidad de beneficiaria de la pensión de sobreviviente conforme el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y si realmente el vínculo cesó con la liquidación de la sociedad conyugal. Dando como demostrado tanto el matrimonio, según registro civil visto a folio 18, como la separación de bienes y liquidación de sociedad conyugal con separación de cuerpos por escritura vista a folio 21-31 del año 2001.

- Explica, que conforme a los artículos 113, 152 y 167 del Código Civil, el matrimonio es un vínculo que solo se disuelve por muerte o divorcio, sin

perjuicio de la cesación de sociedad conyugal o separación de cuerpos; normas que plantean una distinción clara en cuanto a que el vínculo matrimonial subsiste pese a que los contrayentes se separen de hecho o liquiden su sociedad patrimonial, siendo también claro el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 al establecer que el cónyuge tiene derecho siempre que el vínculo no se haya disuelto y este solo se disuelve por el divorcio, como lo ha dejado asentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos.

- Refiere que en la providencia SL1480 de 2020 es la Corte quien deja en claro esta distinción, al señalar que la separación de hecho o la disolución de sociedad conyugal no disuelve el matrimonio y que mientras este vínculo subsista, se genera la calidad de beneficiario siempre que se demuestre la convivencia de 5 años en cualquier tiempo y esto es resultado de la interpretación constitucional de protección especial al vínculo del matrimonio, que de vieja data ha realizado esa misma corporación.

- Por lo anterior, concluye que erró Colpensiones al revocar el reconocimiento inicialmente avalado a la actora de pensión de sobreviviente, pues no se da un argumento causal o razón para negar la calidad de beneficiaria por mantenerse vigente el vínculo conyugal dado que lo demostrado es apenas la liquidación de la sociedad conyugal.

- De otra parte, sobre el argumento del apoderado de la demandada de que el demandante fue engañado por la demandante al suscribir ese documento por creer que suscribía el divorcio, este alegato desconoce el principio constitucional de buena fe y por lo cual era carga de la prueba de la demandada demostrar este engaño; resaltando también que el desconocimiento de la norma no es excusa para su ignorancia, pues el causante tuvo pleno conocimiento del documento que suscribía.

- Señala que los testimonios aportados por la demandante son suficientes para demostrar la convivencia con el causante durante el tiempo en que tuvieron sociedad conyugal vigente e inclusive con posterioridad a la separación de bienes, estos mantuvieron un vínculo de afecto y apego mutuo que dan lugar a persistir las obligaciones matrimoniales pese a la separación de hecho, por lo que es procedente acceder a las pretensiones de la demandante y reconocer a la señora MEJÍA DE RIVERA una cuota parte de la pensión de sobreviviente, respecto del 50% que no fue reconocido a los hijos menores del causante y al que tienen derecho hasta los 18 años o 25 años si acreditan estar estudiando.

- Sobre la prescripción, refiere que no hay lugar a declararla pues no transcurrieron más de 3 años entre el acto de revocatoria de la pensión y la presentación de la demanda.

- Al evidenciar que la convivencia entre MARIA CARLOTA MEJÍA y el causante se extendió por un total de 31 años, 10 meses y 12 días, mientras con MARIBEL ALICASTRO lo fue por 15 años, 8 meses y 2 días; esto equivale a una proporción de 33.34% de la mesada pensional y 16.66% respectivamente, que están llamados a ser acrecentados cuando los menores pierdan su derecho en 67.28% y 32.72%.

- Respecto de los intereses de mora señala que los mismos no son procedentes cuando se trata del pago de diferencias pensionales, por lo que de manera subsidiaria se accede al reconocimiento de la indexación.

- En cuanto al retroactivo, señala que conforme a la resolución SUB260167 del 02 de octubre de 2018 ya se había cancelado una serie de mesadas a la actora entre abril de 2017 y septiembre de 2018, solicitando entonces su reintegro, por lo que se ordenará el pago desde octubre de 2018 en caso de que la demandante no haya efectuado el reintegro.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandante MARÍA CARLOTA MEJÍA

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

- Que solicita se adicione el concepto de 14 mesadas anuales por cuanto la mesada pensional del causante fue adquirida en el año 2001, de manera que se debe seguir recibiendo la pensión en los términos que percibía el fallecido.

- Que reclama el reconocimiento de los intereses moratorios, dado que no se está discutiendo una diferencia pensional sino el reconocimiento de una beneficiaria pese a que solo se acceda a un porcentaje de la misma; además, estos son procedentes cuando hay un retardo injustificado en el reconocimiento y en el presente asunto nunca hubo lugar a revocar la prestación económica, siendo temerario el acto de COLPENSIONES pues desde la misma reclamación se incorporó la escritura 1894 de 2001 y esto fue reconocido por la entidad posteriormente. Además el precedente de la Sala de Casación Laboral sobre la materia es del año 2012, no siendo dable entonces que se justifique el reparto.

3.2 De la demandada COLPENSIONES

La apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación contra lo resuelto por el *a quo*, señalando lo siguiente:

- Que se debe revocar el reconocimiento a favor de la actora, pues el derecho a la pensión de sobreviviente debe dirigirse al núcleo familiar de las personas que dependían del causante y en este caso el señor RIVERA LEAL, falleció en el año 2017 y la prestación fue reclamada por dos beneficiarias, por lo que el ordenamiento jurídico faculta a la entidad de abstenerse a reconocer en caso de duda y resalta que no existe certeza sobre el derecho reclamado por la actora, debiendo ser resuelto por la jurisdicción ordinaria laboral solo en caso de que acredite los requisitos legales, lo que estima no ocurrió.

3.3 De la demandada MARIBEL ALICASTRO

El apoderado de la señora ALICASTRO interpuso recurso de apelación argumentando:

•Que quedó demostrado que el señor RODRIGO RIVERA y MARÍA CARLOTA desde el año 2001 no tuvieron convivencia o dependencia económica o sentimental, pues hasta su muerte convivió con la demandada y conformó su familia, no asistiendo derecho a la actora pues no demostró a cabalidad la dependencia económica del causante como era su deber.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

•**PARTE DEMANDANTE:** El apoderado de la parte actora solicita que se modifique lo resuelto en primera instancia en cuanto a se debió mantener el reconocimiento de 14 mesadas por año, en los términos que percibió el causante desde el 2001 y en segunda medida se concedan los intereses de mora por el retardo injustificado del reconocimiento, pues desde la primera solicitud pensional COLPENSIONES tenía pleno conocimiento de la escritura de liquidación de bienes de sociedad conyugal y luego suspendió el pago de las mesadas, alegando razones equivocadas e interpretaciones erradas de la norma, mientras el actor de la actora siempre ha sido honesto y transparente.

•**PARTE DEMANDADA:** No presentaron alegatos de conclusión.

6. 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.

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si la demandante MARÍA CARLOTA MEJÍA DE RIVERA tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de sobreviviente causada tras el fallecimiento de su cónyuge LUIS RODRIGO RIVERA LEAL? De ser así, se analizará si proceden en su favor los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

8. CONSIDERACIONES:

El debate en esta instancia está encaminado a determinar si la señora MARÍA CARLOTA MEJÍA DE RIVERA, en su condición de cónyuge supérstite, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del señor LUIS RODRIGO RIVERA LEAL, desde el 11 de febrero

de 2017, con el respectivo retroactivo pensional, debidamente indexado y los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; teniendo en cuenta que COLPENSIONES inicialmente había accedido a este reconocimiento, en proporción junto con los menores LUIS ÁNGEL RIVERA ALICASTRO y RODRIGO QUINTO RIVERA ALICASTRO y la compañera permanente MARIBEL ALICASTRO QUIROZ, pero le revocó su mesada alegando que existía disolución y liquidación de sociedad conyugal.

La jueza *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, por estimar que la correcta interpretación de los beneficiarios enlistados en el literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, incluye al cónyuge con vínculo matrimonial vigente y que este solo se rompe por el divorcio, no por figuras como la separación de hecho o la disolución y liquidación de sociedad conyugal, donde subsiste el contrato de matrimonio y sus obligaciones especiales según reseña la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; conclusión que será objeto de consulta y que fue objetada por Colpensiones, al indicar que la actora dejó de ser beneficiaria cuando liquidó su sociedad conyugal en 2001 y por la señora ALICASTRO QUIROZ por estimar que no se demostró convivencia hasta el momento del fallecimiento.

Por otra parte, el apoderado de la demandante interpuso recurso exclusivamente dirigido a reclamar el reconocimiento de la mesada adicional de junio y los intereses de mora.

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

- Los señores LUIS RODRIGO RIVERA LEAL y MARÍA CARLOTA MEJÍA GARCÍA contrajeron matrimonio el 24 de julio de 1969, según registro civil de matrimonio No. 07327459, cuya nota al respaldo señala que mediante escritura pública No. 1893 del 8 de junio de 2001 de la Notaría Segunda de Cúcuta se decretó la disolución y liquidación de bienes de la sociedad conyugal.
- Mediante Resolución No. 003794 de 2000, el I.S.S. reconoció pensión de vejez al señor LUIS RODRIGO RIVERA LEAL por cuantía de \$1.604.623, modificada en resolución No. 001683 de 2001 a la suma de \$1.835.379.
- El señor LUIS RODRIGO RIVERA LEAL falleció el 11 de febrero de 2017 en Cúcuta, según registro civil de defunción No. 06933119.
- Mediante sentencia del 5 de junio de 2018, el Juzgado Cuarto de Familia de Cúcuta declaró que entre MARIBEL ALICASTRO QUIROZ y LUIS RODRIGO RIVERA LEAL existió unión marital de hecho en calidad de compañeros permanentes desde el 9 de junio de 2001 al 11 de febrero de 2017, quienes procrearon a los menores RODRIGO QUINTO RIVERA ALICASTRO y LUIS ÁNGEL RIVERA ALICASTRO según registro civil de nacimiento No. 36015380 y 50771258, nacidos el 12 de junio de 2004 y el 12 de marzo de 2013.
- En Resolución SUB46398 del 26 de abril de 2017, Colpensiones reconoció pensión de sobreviviente a MARIBEL ALICASTRO QUIROZ en 17% como compañera permanente, a MARÍA CARLOTA MEJÍA DE

RIVERA en 33% como cónyuge supérstite y a los menores RODRIGO QUINTO RIVERA ALICASTRO y LUIS ÁNGEL RIVERA ALICASTRO en 25% cada uno, sobre un valor total de mesada de \$4.295.532 para febrero de 2017.

- Con auto APSUB1724 del 24 de mayo de 2017 se requirió a la señora MEJÍA DE RIVERA para que autorizara a revocar el reconocimiento en su favor por no identificar disolución de sociedad conyugal y posteriormente en Resolución SUB255956 del 27 de septiembre de 2018 resolvió revocar parcialmente la Resolución SUB46398 del 26 de abril de 2017 respecto del reconocimiento de MARÍA CARLOTA MEJÍA DE RIVERA, acrecentando el porcentaje de MARIBEL ALICASTRO y retirándola de nómina. Lo que fue confirmado en resoluciones SUB256848 del 28 de septiembre de 2018 y SUB260177 del 2 de octubre de 2018, donde se requirió a la señora MEJÍA DE RIVERA a devolver el valor percibido por total de \$31.595.226, lo que a su vez fue confirmado en resolución SUB50760 del 27 de febrero de 2019.

Respecto al problema jurídico puesto a consideración por la Sala es preciso indicar, que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dispone que es beneficiario de la pensión de sobrevivientes:

“En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte. (...)

Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”

De acuerdo con la norma anterior, para que la cónyuge adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, debe demostrar que convivió con el causante al menos durante cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte y que la sociedad conyugal siguió vigente; sobre estos requisitos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL- 1399 rad. Interno N° 45.779 del 25 de abril de 2018, recordó que la noción aceptada por esa corporación sobre convivencia es la de haber conformado una “*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*”, de manera que existe convivencia real y efectiva cuando se demuestra “*una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua*

comprensión **soporte en los pesos de la vida**, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

Específicamente sobre la convivencia singular con la cónyuge, la jurisprudencia en cita expone que la Corte que a partir de sentencia del 24 de enero de 2012 en Radicado 41.637, se “planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo”, precepto que se ha reiterado en decisiones posteriores como sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017 o SL6519-2017.

Respecto de la razón para defender esta interpretación, la Corte explica que:

“(i) el legislador de 2003 tuvo en mente la situación de un grupo social, integrado a más de las veces por mujeres cuyos trabajos históricamente han sido relegados al cuidado del hogar y que, por consiguiente, podían quedar en estado de vulnerabilidad o inminente miseria ante el abandono de su consorte y su posterior deceso; (ii) esta dimensión sociológica debe servir de parámetro interpretativo, a modo de un reconocimiento que la seguridad social hace a la pareja que durante largo periodo contribuyó a la consolidación de la pensión, mediante un trabajo que hasta hace poco no gozaba de valor económico o relevancia social; y (iii) es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge separado de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente (...) a diferencia del contrato matrimonial, el cual incorpora derechos y obligaciones personales tales como los de socorro y ayuda mutua, tolerancia y respeto a la personalidad del cónyuge, los cuales subsisten mientras el vínculo no sea disuelto por muerte, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, la sociedad conyugal hace referencia al régimen económico de la unión. Por lo tanto, el primero de los conceptos posee un significado subjetivo e intrínseco, del cual emanan unos deberes personales, mientras que el segundo alude a una sociedad patrimonial o de bienes”

Concluye así la Corte que “la separación de cuerpos, figura jurídica en virtud de la cual solo se extingue el deber de cohabitación, no es un obstáculo para que el consorte que haya convivido durante 5 años con el causante, acceda a la prestación” dado que “esta circunstancia fáctica no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial”; lo que excluye el razonamiento del apoderado de la apelante MARIBEL ALICASTRO, sobre que se exigía mantener la unidad familiar o una dependencia económica, pues no son elementos que exija el parámetro normativo o componga el razonamiento interpretativo que se ha venido dando a la convivencia que debe acreditar la cónyuge.

Específicamente sobre la existencia de una escritura donde se decretó la disolución y liquidación de bienes de la sociedad conyugal, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL4936 de 2020 explica:

“El matrimonio (artículo 113 del Código Civil) es un contrato solemne a partir del cual, se generan deberes en cabeza de los cónyuges, quienes, además se encuentran sometidos a un régimen patrimonial denominado sociedad conyugal. Por su parte, en las uniones maritales de hecho cuya duración ha sido al menos de dos años, se presume la existencia de una comunidad de bienes, esto es, la llamada sociedad patrimonial.

Ambas sociedades, es decir, tanto la conyugal como la patrimonial pueden existir o no, sin que ello incida jurídicamente en la vigencia o validez del matrimonio y de la unión marital. Adicionalmente, en Colombia el matrimonio únicamente se disuelve por dos causales que contempla el artículo 152 del Código Civil y que son la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o el divorcio judicialmente decretado.

En esa medida, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no afecta el vínculo matrimonial, pues únicamente hace referencia al efecto patrimonial de la sociedad de bienes que se forma, e incluso, ni siquiera abarca todos los efectos patrimoniales del matrimonio derivados del vínculo contractual. Así, los cónyuges separados de bienes continúan con el deber de alimentos entre ellos, y con la obligación de socorrerse, según lo preceptuado en el artículo 176 del código civil. (...)

*Llegado a este punto, para la Sala, frente a los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 modificados por la Ley 797 de 2003, la voluntad del legislador es proteger la relación de los cónyuges, y por ello, **no sería propio negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes cuando se hubiera disuelto la sociedad conyugal y subsista el real vínculo del matrimonio.**”*

Bajo estos parámetros legales y jurisprudenciales, es claro que en el caso de la señora MARÍA CARLOTA MEJÍA GARCÍA, al solo haberse presentado liquidación y disolución de bienes de la sociedad conyugal no se disolvió el contrato de matrimonio que sostuvo con LUIS RODRIGO RIVERA y que este subsistió hasta el fallecimiento del mismo por no haberse suscitado divorcio; de esta manera, para acceder a la pensión de sobrevivientes le bastaba con demostrar la convivencia por más de 5 años en cualquier tiempo que le corresponde a cualquier cónyuge de un pensionado.

Al respecto de la convivencia, se recepcionaron los siguientes testimonios:

- **ANA MARÍA RAMÍREZ GONZÁLEZ:** Manifestó que conoció a la señora CARLOTA en la década de 1990, cuando vivía en Cúcuta en la misma cuadra que ella y sus hijos, para entonces tenía 12 años. Que desde 1990 se conocieron sus familias, pero en 1992 se trasladó a Bucaramanga a estudiar y allí su hermano coincidió como compañero de universidad con el hijo de Carlota y Rodrigo, de cuya amistad se generó que su hermano se hiciera novio de la hija de estos, Claudia, y por ello los lazos entre ambas familias se estrecharon y por ello pudo

conocer a los dos como esposos, conviviendo de manera respetuosa, ella era abogada y el señor era pensionado. Que su hermano y Claudia se casaron, por lo que eran frecuentemente visitados por doña Carlota y Rodrigo como esposos hasta el año 2001 cuando se separaron, y la actora se fue a vivir a Bogotá, donde ayudaba a cuidar al hijo de su hermano y Claudia del que es madrina. Señala, que por su cercanía pudo percibir que pese a la separación, Rodrigo siguió muy pendiente de Carlota y sus hijos, sentimental y económicamente, además se visitaban frecuentemente y se trataban de manera cercana, indicando que incluso viajaba a Bogotá y se quedaba en su casa cuando iba a ver a su nieto. De manera que pese a haberse ido de la casa, en su percepción don Rodrigo siguió apersonándose de su familia y no se desprendió de su relación con su esposa.

- **ÁLVARO ENRIQUE LAGUADO DUQUE:** Señaló que era amigo del señor RODRIGO RIVERA, se conocieron en el comité cafetero y conoció a la demandante MARÍA CARLOTA MEJÍA porque son de Bochalema, estudió con sus hermanos y trató siempre con su familia, conociéndola como esposa de Don Rodrigo; que los conoció como marido y mujer, conviviendo juntos en quinta oriental él como empleado de la Federación de Cafeteros y ella como profesora, tuvieron 4 hijos, aunque en sus últimos años se lo encontró y le comentó que se había separado de doña Carlota, y vivía con otra señora. Que también tuvo contacto reciente con Carlota porque le compró una casa en Bochalema, teniendo conocimiento que tras la separación se fue a vivir a Bogotá y 3 o 4 años antes de morir vio al señor Rodrigo y Carlota juntos en Bochalema, cree que estaban arreglando una venta de una finca que tenían conjunta allí.
- **JESÚS FRANCISCO CARREÑO DURÁN:** Relató que conoció al señor RODRIGO RIVERA desde 1963 cuando ingresó a la Federación de Cafeteros, donde también trabajaba su papá pero desde antes se encontraron en diferentes circunstancias tanto de estudios técnicos como de trabajo, laborando juntos tanto en cuestiones de la entidad como del sindicato y la cooperativa; que en 1969 conoció a Doña Carlota, con quien se casaron y tuvieron sus cuatro hijos, vivieron juntos y trabajaban ambos siendo ella profesora. Que a final de año la Cooperativa se hacía la reunión familiar, donde también se trataban y ellos tenían su casa en Quinta Oriental. Que incluso viajaban juntos, con sus respectivas esposas, a los asuntos a donde les enviaba la Cooperativa y la Federación, por lo que tuvo conocimiento del hogar conjunto que desarrollaron hasta el año 2001 cuando escuchó que se habían separado, pero como ya estaba pensionado no tenían el mismo trato directo aunque él se lo comentó personalmente y le comentó la cercanía con su primera esposa, visitándola en la ciudad de Bogotá con su familia.
- **GRACIELA DEL SOCORRO RAMÍREZ MENESES:** Indicó que conoció a Carlota desde 1989 cuando estudiaron juntas en la Universidad, y en razón de ello desarrollaron una amistad por la que conoció a su esposo, sus hijos y sus relaciones familiares; que iba mucho a la casa de ella cuando eran estudiantes, pudiendo percibir como trabajaban juntos para sacar adelante a sus hijos, pues ella estudiaba y trabajaba en un colegio al tiempo pero sin descuidar el hogar. Incluso su hija es

madrina de una de sus nietos. Que se enteró de la partida de la casa de Rodrigo y le extrañó por su cercanía, pero pudo ver que sus relaciones se mantuvieron cordiales y con cariño, pues él siguió pendiente de Carlota. Por ejemplo, en época de navidad se encontraban en quinta oriental donde una hermana de Rodrigo y allí vio como seguían tratándose normalmente, incluso les ayudaba económicamente por lo que Carlota le comentaba y cuando ella enfermó en 2014, también viajó a verla.

Los anteriores relatos permiten establecer que los señores LUIS RODRIGO RIVERA y MARÍA CARLOTA MEJÍA, tras contraer matrimonio en 1969, convivieron de manera pública, continua e ininterrumpida hasta su separación de hecho en el año 2001; pues los diferentes testigos, en sus respectivas vidas y en diferentes momentos entre las décadas de 1960 a 1990, los conocieron como esposos y percibieron la dinámica de su relación matrimonial, residiendo en su casa de Quinta Oriental y con algunas propiedades en el municipio de Bochalema, dieron fe de sus respectivas profesiones y actividades económicas mediante relatos espontáneos, coherentes y totalmente creíbles, en razón a que expusieron la razón de su conocimiento personal de los hechos.

Además, de estos testimonios también se desprende que pese a la separación de cuerpos y disolución de sociedad conyugal, el señor RIVERA LEAL mantuvo estrechos lazos de cercanía y apoyo económico con la demandante, quien residió en Bogotá con una de sus hijas y se indicó que allí era visitada por su cónyuge, así como que era el medio por el cual les ayudaba con dinero a ella y sus hijos en común.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que reconoció a MARIA CARLOTA MEJIA DE RIVERA la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con el fallecimiento de LUIS RODRIGO RIVERA LEAL, no asistiendo razón a los apelantes COLPENSIONES y MARIBEL ALICASTRO en sus oposiciones, pues están evidenciados los supuestos legales para acceder a esta prestación.

En el caso bajo estudio, al constatar el acta de la audiencia y la sentencia dictada, cuya copia magnética obra en el expediente como parte integral del mismo, si bien la jueza *a quo* anexó y resolvió sobre la condena en concreto sobre el valor de la mesada pensional, omitió establecer el valor del retroactivo causado a la fecha y conforme el artículo 283 del C.G.P., la condena en concreto es un principio general de toda providencia y la norma establece que *“El juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado”*.

Para lo anterior, en primer lugar revisado el expediente administrativo aportado por COLPENSIONES se tiene que la mesada percibida por el causante para 2017 ascendía a \$4.295.532 y que sobre la misma siempre se han reconocido 14 mesadas anuales incluso a los beneficiarios según Resolución SUB260177 del 2 de octubre de 2018, por lo que el primer reclamo de la apelación del demandante es superfluo ya que se trata de un derecho que nunca estuvo en controversia.

Respecto de los porcentajes que corresponden a los beneficiarios, siendo inamovible el 50% que perciben los dos hijos menores de edad, para la

cónyuge y compañera permanente les compete en proporción al tiempo efectivo de convivencia, que realizados los cálculos correspondientes efectivamente arrojan actualmente un 33,34% para CARLOTA MEJÍA y 16,66% para MARIBEL ALICASTRO, que una vez cumplan la mayoría de edad los menores o dejen de acreditar los estudios debe ser reajustada en iguales proporciones.

Por lo anterior, el retroactivo causado a la fecha se discrimina en la siguiente tabla:

Año	Mesada	IPC	CARLOTA (33,34%)	MARIBEL (16,66%)	No. Mesadas	Total CARLOTA	Total MARIBEL
2017	\$4.295.532,00	4,09%	\$1.432.130,37	\$715.635,63	12,63	\$18.087.806,56	\$9.038.478,02
2018	\$4.471.219,26	3,18%	\$1.490.704,50	\$744.905,13	14	\$20.869.863,01	\$10.428.671,80
2019	\$4.613.404,03	3,80%	\$1.538.108,90	\$768.593,11	14	\$21.533.524,66	\$10.760.303,56
2020	\$4.788.713,38	1,61%	\$1.596.557,04	\$797.799,65	14	\$22.351.798,59	\$11.169.195,10
2021	\$4.865.811,67		\$1.622.261,61	\$810.644,22	2	\$3.244.523,22	\$1.621.288,45
					TOTAL	\$86.087.516,04	\$43.017.936,93

Del anterior valor neto, deben descontarse los valores percibidos por MARIA CARLOTA MEJÍA entre febrero de 2017 y septiembre de 2018, por total de \$31.595.226 en caso de que no hayan sido reintegrados y para todos los efectos, el respectivo porcentaje del aporte en salud que debe descontarse a cada pensionado; por lo que habrá de adicionarse al numeral segundo de la sentencia en consulta, que el retroactivo de la señora MARÍA CARLOTA MEJÍA entre febrero de 2017 y febrero de 2021 asciende a \$86.087.516,054 y el valor a tener en cuenta para descontar es de \$31.595.226, en caso de no haber efectuado el reintegro.

En lo que se refiere a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, en reciente pronunciamiento – Sentencia SL066 de 2021 – la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia explica lo siguiente:

“Esta Sala ha sostenido que los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en principio y por regla general, proceden en caso de retardo o mora en el pago total o parcial de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trata simplemente de un resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones.

Ahora bien, la Corte ha precisado que no en todos los casos es imperativo condenar a los intereses moratorios y ha definido una serie de circunstancias excepcionales y específicas, en que se exonera de su pago. Así, en decisión CSJ SL5079-2018, reiterada en la CSJ SL4103-2019, se recordó que no hay lugar a la condena por intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cuando, por ejemplo, la negativa de la entidad para reconocer las prestaciones a su cargo tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación

*minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL704-2013); cuando se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL 787-2013, reiterada en la CSJ SL2941-2016); en los casos en que se inaplica el requisito de fidelidad al sistema (CSJ SL10637-2014, reiterada en CSJ SL6326-2016, CSJ SL070-2018 y CSJ SL4129-2018); cuando la controversia se define bajo una interpretación normativa, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL12018-2016); o cuando **existe controversia entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes**, tal como se precisó en las decisiones CSJ SL 21 sep. 2010, rad. 33399 y CSJ SL14528-2014.”*

Para el presente caso, encuentra la Sala que inicialmente asiste razón al demandante en su apelación sobre que no era posible exonerar por no tratarse de diferencias pensionales; no obstante, como desde el fallecimiento del señor RIVERA LEAL se presentaron a reclamar la prestación dos beneficiarias y si bien inicialmente se accedió a reconocerles a ambas su respectiva proporción, se generó la revocatoria de la señora MARÍA CARLOTA MEJÍA precisamente por los recursos y oposiciones de la señora MARIBEL ALICASTRO, quien reclamaba que esta no podía predicar la calidad de beneficiaria por su separación del causante; lo anterior, permite identificar que en este caso la tardanza en el pago encuentra causal en una controversia entre beneficiarios y por ende no hay lugar a su reconocimiento, pero por estas razones y no las expuestas en primera instancia, por lo que habrá de confirmarse la pretensión subsidiaria de indexación.

Finalmente, al haber interpuesto todas las partes recursos de apelación y no haber prosperado en ninguno de los casos, se abstendrá la Sala de imponer costas de segunda instancia.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia del 14 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, que el retroactivo de la señora MARÍA CARLOTA MEJÍA entre febrero de 2017 y febrero de 2021 asciende a \$86.087.516,054 y el valor a tener en cuenta para descontar es de \$31.595.226, en caso de no haber efectuado el reintegro, por lo expuesto en la parte motiva y según los valores discriminados en cuadro anexo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la sentencia apelada y en consulta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS en esta instancia.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belén Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

José Andrés Serrano Mendoza

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Elver Naranjo

ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 036, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de marzo de 2021.

[Firma]

Secretario



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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2019-00141-01
RADICADO INTERNO:	19.181
DEMANDANTE:	CARLOS TOMÁS MUÑOZ FRANCO
DEMANDADO:	TORRES IMPRESORES S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

San José de Cúcuta, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Se encuentra al Despacho de la suscrita Magistrada, el presente proceso ordinario laboral en turno para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la empresa demandada, pero se evidencia que el representante legal de la misma informa sobre el fallecimiento de su apoderado judicial JUAN CARLOS AMOROCHO, situación ocurrida el 8 de octubre de 2021 y que fue de amplio conocimiento regional a través de medios de comunicación locales¹.

De conformidad con el artículo 159 del C.G.P., aplicable por remisión analógica de que trata el artículo 145 del C.P.T.Y.S.S., es causal de interrupción del proceso la “*muerte, enfermedad grave o privación de la libertad del apoderado judicial de alguna de las partes, o por inhabilidad, exclusión o suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado*” y esta norma dispone que la “*interrupción se producirá a partir del hecho que la origine, pero si este sucede estando el expediente al despacho, surtirá efectos a partir de la notificación de la providencia que se pronuncie seguidamente. Durante la interrupción no correrán los términos y no podrá ejecutarse ningún acto procesal, con excepción de las medidas urgentes y de aseguramiento*”.

Así mismo, el artículo 160 del C.G.P. reseña que del fallecimiento del apoderado se debe notificar a la parte afectada y este debe comparecer al proceso con un nuevo apoderado para que se reanude el proceso en el término máximo de cinco días a la citación.

En consecuencia, se advierte que en este trámite se profirió auto del 16 de febrero de 2021 admitiendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y por ende, a partir de la notificación de esta providencia quedó interrumpido el presente proceso quedando sin correr los términos y no se ejecutará ningún acto procesal, hasta que transcurran los 5 días siguientes a la citación de la parte afectada, para prevenir la nulidad de que trata el numeral tercero del artículo 133 del C.G.P.

Para ello, y aplicando los medios tecnológicos disponibles en los términos del Decreto 806 de 2020, se dispondrá mediante Secretaría oficial al señor CARLOS ARTURO TORRES HERRERA – representante legal de la demandada TORRES IMPRESORES S.A.S. – al correo electrónico torresimpresorescucut@hotmail.com informándole que cuenta con el término de 5 días hábiles para conferir poder a un nuevo apoderado y que

¹ <https://www.laopinion.com.co/judicial/continua-la-sombra-de-la-muerte-en-la-familia-sierra>

vencido esto se reanudará el proceso, para lo cual remitirá copia del presente auto. Líbrese el respectivo oficio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada sustanciadora

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 036, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 25 de marzo de 2021



Secretario

Firmado Por:

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

0e86e1bf706472c80f2f61473e59cd74db9b54fac96956a116cd1b24e6a545ec

Documento generado en 24/03/2021 04:40:20 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>