

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-001-2019-00049-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18984
JUZGADO: PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTES: JOSÉ POMPILO AVELLANEDA PACHECHO
ACCIONADO: ESE HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO REALIDAD

San José de Cúcuta, veintiocho (28) de junio dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-001-2019-00049-00 y P.T. No. 18984 promovido el señor JOSÉ POMPILO AVELLANEDA PACHECHO en contra de la ESE HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante, por intermedio de apoderado judicial pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad entre las partes, desde el 01 de febrero de 2012 y hasta el 29 de febrero de 2016, en el cargo de portero a favor de la ESE HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, y en consecuencia se condene a esta al pago de las prestaciones sociales, vacaciones y primas de vacaciones causadas, a la dotación, auxilio de transporte, los aportes al sistema de seguridad social integral, las horas extra dominicales y festivas, le reintegre el valor descontado por retención en la fuente, el valor no por afiliación a caja de compensación familiar, la sanción consagrada en el artículo 99 Ley 50 de 1990, concordante con el decreto 1582 de 1998 y la Ley 344 de 1996, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización consagrada en el artículo 01 del Decreto 797 de 1949

II. HECHOS

El demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados a folios 100 y 101 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Indicó que fue vinculada a la demandada desde el 01 de febrero de 2012, hasta el 29 de febrero de 2016, fecha en que fue desvinculado por terminación unilateral del contrato por parte de la ESE HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO.
2. Que prestó sus servicios en el área de portería de la ESE, en el municipio de El Zulia, Norte de Santander, mediante contratos de prestación de servicios.
3. Que devengó como último salario la suma de \$1.060.000, con un horario de lunes a domingo, con total disponibilidad las 24 horas.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada ESE HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, esta dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones, manifestando que lo que existió entre las partes fue un contrato de prestación de servicios, en los cuales se establecía que no se generaba vínculo laboral ni prestaciones sociales y que lo pretendido tiene prohibición expresa por el numeral tercero del artículo 31 de la Ley 80 de 1993; que dentro de la entidad no existe el empleo denominado como portero; que la relación se dio con solución de continuidad, ya que durante algunos meses no se suscribió orden de prestación de servicios con el actor y el último de ellos finalizó el 31 de diciembre de 2015 y no el 29 de febrero de 2016, como lo alega.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS LABORALES, BUENA FE DEL CONTRATANTE, COBRO DE LO NO DEBIDO, MALA FE DE LA PARTE ACTORA, COMPENSACIÓN Y FALTA DE SOPORTE JURÍDICO SUSTANCIAL.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha 27 de febrero 2020 resolvió **DECLARAR** probadas las excepciones de cobro de lo no debido y falta de soporte jurídico sustancial propuestas por la ESE HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO y, en consecuencia, la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra.

Para resolver lo anterior, argumentó que se probó que la actividad del actor había sido desarrollada con total autonomía e independencia, lo que desvirtuaba la existencia de un contrato de naturaleza laboral entre las partes.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que como se demostró con las pruebas allegadas y con los testimonios recaudados, según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, entre las partes existía una relación laboral, ya que la misma reunía los elementos materiales de un contrato, es decir, la realización de una actividad, la subordinación y un salario.

Precisó que, tal como lo indicó el A quo, para que las entidades estatales puedan realizar unos contratos de prestación de servicios, se debe requerir de un personal profesional y técnico, y que la labor que realizaba el demandante no se requería de una persona profesional ni técnica, sino una persona del común, por lo que esta actividad no encuadraría en cuanto a las excepciones o a las actividades que se requiere esta normatividad.

Que se probó que el trabajador debía de cumplir un horario y recibía se encontraba subordinado por el gerente de la entidad, el doctor Holmes.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

- 1. PARTE DEMANDANTE.** Reiteró la parte que clara y probada resulta la existencia de un contrato realidad entre el señor JOSE POMPILIO AVELLANEDA PACHECO y la accionada LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO E.S.E HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, desde el 01 de febrero de 2012 hasta el 29 de febrero de 2016, fecha última en la que fue desvinculado por terminación unilateral del contrato por parte de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO E.S.E HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, el cual quedó demostrado con la evidencia documental y testimonial que se arrió al proceso.

Surtida la etapa para el efecto, sin que sin que la pasiva ejerciera su derecho a presentar alegaciones finales, se procede a resolver el recurso de apelación, con fundamento en las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

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

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el**

problema jurídico que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si en el presente caso existió, tal como se pretende en la demanda, un contrato de trabajo entre las partes, el cual fue disfrazado a través de órdenes de prestación de servicio, y en consecuencia, es procedente la condena a favor del actor del pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales solicitadas; o si por el contrario, tal y como insiste la parte demandada, esta relación no tuvo una naturaleza laboral, al no existir no elementos configurativos de esta.

Conforme lo acreditan las pruebas allegadas al proceso, el demandante JOSÉ POMPILIO AVELLANEDA PACHECO, prestó sus servicios a la E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, en el área de portería, vinculado mediante contratos de prestación de servicios, que obran a folios 5 a 76, así:

Nº Contrato	Duración	Fecha Inicio	Fecha Terminación	Honorarios mensuales	Interrupción respecto del contrato anterior	Folios
75 de 2012	2 meses	01 febrero de 2012	31 marzo de 2012	\$ 1.063.385		5 a 7
180 de 2012	2 meses	01 mayo de 2012	30 de junio de 2012	\$ 1.060.000	30 días	8 a 10
259 de 2012	1 mes	01 de julio 2012	30 de julio de 2012	\$ 1.060.000	0	14 a 16
312 de 2012	2 meses	01 de agosto 2012	30 de septiembre 2012	\$ 1.060.000	0	11 a 13
374 de 2012	1 mes	01 de octubre 2012	30 de octubre 2012	\$ 1.060.000	0	17 a 19
432 de 2012	2 meses	01 de noviembre 2012	31 de diciembre 2012	\$ 1.060.000	0	20 a 22
013 de 2013	2 meses	02 de enero 2013	28 de febrero 2013	\$ 1.060.000	1 día	23 a 25
128 de 2013	4 meses	01 de marzo 2013	30 de junio 2013	\$ 1.060.000	0	26 a 28
319 de 2012	1 mes	02 de julio 2013	31 de julio 2013	\$ 1.060.000	1 día	29 a 31
558 de 2012	1 mes	02 de septiembre 2013	30 de septiembre 2013	\$ 1.060.000	31 días	32 a 34
701 de 2013	1 mes	02 de diciembre 2013	31 de diciembre 2013	\$ 1.060.000	61 días	35 a 37
136 de 2014	1 mes	03 de marzo 2014	31 de marzo 2014	\$ 1.113.000	62 días	38 a 40
198 de 2014	3 meses	01 de abril 2014	30 de junio 2014	\$ 1.113.000	0	41 a 43
323 de 2014	1 mes	01 de julio 2014	31 de julio 2014	\$ 1.113.000	0	44 a 46
422 de 2014	1 mes	01 de agosto 2014	31 de agosto 2014	\$ 1.113.000	0	47 a 49

503 2014	de 2 meses	01 de septiembre 2014	31 de octubre 2014	\$ 1.113.000	0	50 a 52
630 2014	de 1 mes	01 de noviembre 2014	30 de noviembre 2014	\$ 1.113.000	0	53 a 55
724 2014	de 1 mes	01 de diciembre 2014	31 de diciembre 2014	\$ 1.113.000	0	56 a 58
008 2015	de 1 mes	02 de enero 2015	31 de enero 2015	\$ 1.113.000	1 día	74 a 76
132 2015	de 2 meses	02 de febrero 2015	31 de marzo 2015	\$ 1.113.000	1 día	71 a 73
253 2015	de 1 mes	01 de abril 2015	31 de abril 2015	\$ 1.113.000	0	68 a 70
504 2015	de 3 meses	01 de agosto 2015	31 de octubre 2015	\$ 1.113.000	90 días	65 a 67
660 2015	de 1 mes	01 de noviembre 2015	30 de noviembre 2015	\$ 1.113.000	0	62 a 64
752 2015	de 1 mes	01 de diciembre 2015	31 de diciembre 2015	\$ 1.113.000	0	59 a 61

Conforme estos documentos, es claro que el demandante prestó sus servicios a la E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, entre el 01 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015, de manera **interrumpida**, por lo que se procederá a examinar si en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, verdaderamente se dio fueron varios contratos realidad de carácter laboral.

Teniendo esto claro, debe examinar este Despacho la naturaleza jurídica de la Empresa Social del Estado HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, de conformidad con lo establecido en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, el cual dispuso que “La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo”.

De igual forma, el numeral 5º del artículo 195 ibídem dispone que “Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.”

El párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, que regula el estatuto de personal de las entidades descentralizadas que prestan los servicios de salud, indica que “Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.”

De acuerdo con lo anterior, por regla general, las personas que laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, atados por una relación legal y reglamentaria. Por vía de excepción, son trabajadores oficiales, unidos por contrato de trabajo, aquellos servidores públicos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

CASO CONCRETO

Así las cosas, se determina que en este caso el demandante sólo podría ser considerado un trabajador oficial, si prueba efectivamente que al desempeñarse en el cargo de CELADOR, realizaba funciones relacionados con los servicios generales o el mantenimiento de la planta física hospitalaria; mientras que si no existen pruebas que acrediten lo anterior, tendría la condición de empleado público por no encontrarse su cargo y funciones dentro de las excepciones planteadas en la normatividad citada.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la Sentencia SL 36668 de 2011, respecto a hechos simulares a los que aquí se debaten y en cuanto a la aplicación del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, explicó:

“Nítidamente surge del texto legal que, por regla general, las personas que laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, atados por una relación legal y reglamentaria.

Por vía de excepción –que comporta una exégesis restrictiva, alejada de la analogía y distante de la extensión, a efectos de que la salvedad no devenga en principio general, que, sin duda, terminaría por distorsionar el prístino y correcto sentido de la norma-, son trabajadores oficiales, unidos por contrato de trabajo, aquellos servidores públicos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Elementales postulados de la distribución de la carga de la prueba enseñan que sólo es posible catalogar a un servidor público de una empresa social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, de que su labor está relacionada con tales actividades –mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales-, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos. La ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que el servidor público sea catalogado como empleado público, merced a la mentada regla general.

Al paso de tales premisas, el mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, **vigilancia o celaduría**.

Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las

entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa.

Esta Sala de la Corte ha tenido oportunidad de fijar su posición sobre el entendimiento de actividades de servicios generales. Así, en sentencia del 21 de junio de 2004, Rad. 22.324, adoctrinó:

“...los 'servicios generales' dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran”.

Y, en sentencia del 13 de octubre de 2004 (Rad. 22.858), asentó: “...dentro del concepto de servicios generales a que alude la disposición ya citada, han de involucrarse, a manera solamente de ejemplo, aquellas actividades relacionadas con el aseo, vigilancia y alimentación, mas no las que correspondan a servicios médicos y paramédicos”.

Lo anterior también ha sido objeto de pronunciamiento, en la misma línea, en sentencias proferidas posteriormente por la Alta Corporación, tales como la SL1334-2018 y aquellas con Rad. 46457 de 2011 y 14146 de 2000.

Así mismo, con respecto a la contratación a través de la prestación de servicios civiles, la HCSJ, en su sentencia SL4143 de 2019, al realizar un comparativo con aquella de naturaleza laboral, indicó lo siguiente:

Sea lo primero señalar que el contrato de obra civil es aquel a través del cual una persona, natural o jurídica, encarga a otra la construcción de una obra o la realización de una actividad; modalidad que frecuentemente se utiliza en el sector de la construcción o cuando se encarga la elaboración de un bien mueble material o corporal.

Cuando el contratista es una persona natural, este convenio se encuadra en el marco genérico de los contratos de prestación de servicios. Y sobre el particular, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el acatamiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que

tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

Por otra parte, es preciso indicar que en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Bajo este contexto, procede la Sala a revisar y analizar las pruebas aportadas a los autos, que permitan determinar si en efecto, la contratación aquí existente, se dio bajo una continua subordinación, tal como lo busca la parte activa, o si existen los parámetros de autonomía e independencia que alega la pasiva.

En primer lugar, se tiene que los contratos que fueron suscritos entre las partes, y que se encuentran a folios 5 a 76, tenían como objeto "**PRESTAR SUS SERVICIOS PERSONALES PARA VELAR POR EL CUIDADO Y SEGURIDAD DE LAS INSTALACIONES FÍSICAS Y BIENES MUEBLES DE LA E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO DE EL ZULIA**"; así mismo, en la cláusula tercera de dichos contratos se contemplaba lo siguiente: "2) El cumplimiento del objeto contratado se desarrollará ejecutando las siguientes actividades:

- Velar por el cuidado de los bienes de la institución.
- Controlar la entrada y salida de los bienes muebles de la entidad.
- Controlar y revisar los vehículos al ingreso y salida de la institución.
- Radicar la entrada y salida de los empleados de nómina.
- Atender y tratar al público y funcionarios respetuosa y cortésmente.
- Llevar un libro de registro de novedades donde se anota, todo lo rutinario, como lo que aparezca anormal.
- Controlar llaveros que quedaran en un panel, encendidos de luces de patios y pasillos.
- Prohibir el ingreso de vehículos que no pertenezcan a funcionarios o voluntariado, salvo autoridades, ambulancias y vehículos policiales.
- Las demás actividades necesarias para el adecuado desarrollo del objeto contratado"

En concordancia con lo anterior, de los testimonios recaudados, se obtuvo la siguiente información:

- El señor HUMBERTO GONZALEZ CORREA indicó que fue compañero de trabajo del actor en la entidad demandada, desde el 2012 y hasta el 2016; que él trabajó ejerciendo oficios varios y que el demandante era portero; que tenían que presentar el pago de seguridad social y una cuenta de cobro todos los meses para que les pagaran; que era el gerente quien supervisaba la actividad de los vigilantes; que en caso de que alguno se enfermara, el otro compañero lo cubría medio día, o si tenían que llegar tarde.
-
- El señor WILSON MORENO PEÑALOZA indicó que fue compañero de trabajo del actor desde el 01 de febrero de 2012 y hasta el 31 de enero de 2016, ya que también era vigilante en la entidad; cuando se le cuestionó por las actividades realizadas por el demandante indicó que era el “portero, encargado de estar pendiente de la salida, ingreso de la ambulancia, personal de planta, ingreso de vehículos de todos los empleados que trabajan, el portón de parqueadero, el encargado de vigilar las cámaras que habían en la portería que ubicaban y que tenían todo el hospital, el monitor estaba en portería, también manejaba oficios como cuando se iba la luz había que aprender una planta para generar energía para la sala de urgencias, cuando llegaba alguien enfermo y tocaba ayudar a bajar el enfermo del carro, traer la silla de ruedas y camillas, llevarlo montado en la camilla, si alguien fallecía en el turno, que él estaba, debía sacarlo de la Sala de urgencias y llevarlo a la morgue, y subirlo al mesón del anfiteatro. Y demás labores que se empeñaba, de estar pendiente, vigilante, organizar las filas para entrega de fichas de citas, estar pendiente en la entrada y salía de insumos o cualquier elemento que pertenecía a la ESE”. Manifestó que cuando necesitaban pedir algún permiso, debían solicitarlo al gerente; que ellos eran 3 vigilantes y ellos mismo organizaban los turnos, que eran de 6 a 6, dos días de día y dos días de noche e iban cambiando; que la ESE no les daba dotación e incluso ellos compraban los chalecos para identificarse.
- La señora XIOMARA MALDONADO PINZÓN indicó que laboró para la entidad demandada desde el 2014 y hasta el 2016, como aseo, donde conoció al demandante.

EXISTENCIA CONTRATO DE TRABAJO

Conforme al conjunto de elementos allegados relacionados con anterioridad, el actor demostró cabalmente que desarrolló a favor del ente público demandado su labor como vigilante en las instalaciones de la ESE HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, actividad que conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 y a la jurisprudencia atrás relacionada, se ajusta al “mantenimiento de la planta física hospitalaria”, encaminada a la conservación

de sus instalaciones, de tal suerte que por sus específicas labores el actor deber ser considerado como un TRABAJADOR OFICIAL, vinculado mediante un contrato de trabajo.

Igualmente, una vez se acreditó la prestación del servicio por parte del actor, opera a su favor la presunción legal consagrada en el artículo 20 del decreto 2127 de 1945, por lo que se entiende que el vínculo se rigió por un contrato de trabajo, y por consiguiente, la carga de la prueba se trasladó a la **E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO**, desvirtuar la misma; sin embargo, esto no ocurrió ya que únicamente se opuso a la existencia del contrato de trabajo, alegando que suscribió con el demandante diferentes contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, y manifestó que el demandante desempeñaba actividades de portero y no se ejercía sobre el mismo ninguna subordinación, prestándose el servicio con total autonomía por parte del contratista.

Y es que, existen indicios respecto a la presencia de plena subordinación ya que teniendo en cuenta las actividades ejercidas por el demandante, es claro que no se podría afirmar que estas se realizaran de forma autónoma e independiente, ya que si bien eran los mismos vigilantes quienes organizaban sus turnos, prestando sus servicios de 6 a 6, dos días de día y dos días de noche, esto no descarta por sí solo la existencia de un contrato de trabajo, ya que igualmente el actor estaba sujeto al cumplimiento de dicho horario.

Esto es soportado además, por el hecho que el señor AVELLANEDA PACHECHO realizaba labores adicionales a las contenidas en su contrato de trabajo para el cargo de vigilante, tales como las manifestadas por el testigo MORENO PEÑALOZA, en el sentido de que “cuando se iba la luz había que aprender una planta para generar energía para la sala de urgencias, cuando llegaba alguien enfermo y tocaba ayudar a bajar el enfermo del carro, traer la silla de ruedas y camillas, llevarlo montado en la camilla, si alguien fallecía en el turno, que él estaba, debía sacarlo de la Sala de urgencias y llevarlo a la morgue, y subirlo al mesón del anfiteatro (...) estar pendiente en la entrada y salía de insumos o cualquier elemento que pertenecía a la ESE”, lo cual da muestra de que el demandante seguía las directrices e instrucciones dadas por sus superiores, para el desarrollo de estas actividades.

De acuerdo a lo explicado, se concluye que existió una verdadera relación de carácter laboral entre el señor HENRY JAIME OJEDA y la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL NOROCCIDENTAL, en tanto el actor desarrollaba funciones permanentes que debían ser propias de personal de planta de servicios de la entidad para el mantenimiento y seguridad de sus instalaciones, máxime si en cuenta se tiene que conforme a la concreta asignación de sus funciones, relacionadas en los contratos de prestación de servicios suscritos, es evidente que por su naturaleza, el trabajador no tenía ninguna clase de autonomía para el desarrollo de las mismas.

Ahora bien, con respecto a los extremos temporales de la relación laboral existente, si bien en la demanda se afirma que el actor prestó servicios de manera continua entre el 01 de febrero de 2012 hasta el 29 de febrero de

2016, de los contratos de prestación de servicios aportados, se concluye que no existió una relación única sin solución de continuidad, sino que por el contrario, se dieron varias vinculaciones que fueron interrumpidas por periodos superiores a un mes, las cuales rompen la unidad contractual, sin que se hubieran aportados elementos de juicio que otorgaran certeza a esta Sala de lo contrario.

Sobre la solución de continuidad, en la sentencia de casación CSJ SL5595-2019 se indicó:

“Pues bien, sobre los extremos en que se extiende una relación laboral, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que, la significativa y considerable solución de continuidad impide que pueda predicarse la unicidad contractual (CSJ SL4816-2015 y CSJ SL981-2019). Precisamente, en esta última providencia, la Sala señaló:

En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:

[...] esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos.”

En tal virtud, procederá esta Sala a DECLARAR la existencia de múltiples contratos de trabajo entre el señor JOSÉ POMPILIO AVELLANEDA PACHECHO y la ESE HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, en los siguientes periodos:

Fecha Inicio	Fecha Terminación
01 febrero de 2012	31 marzo de 2012
01 mayo de 2012	31 de julio 2013
02 de septiembre 2013	30 de septiembre 2013
02 de diciembre 2013	31 de diciembre 2013
03 de marzo 2014	31 de abril 2015
01 de agosto 2015	31 de diciembre 2015

Ahora bien, previo a resolver sobre las obligaciones que surgieron a cargo de la **E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO**, por cada uno de estos contratos, debe precisar este Despacho si las mismas se extinguieron por el fenómeno de prescripción propuesto como medio de defensa por esta entidad, máxime cuando ninguno de los derechos reclamados por el actor tienen el carácter de imprescriptible, con excepción de los aportes pensionales.

En ese sentido, se evidencia que el actor presentó reclamación administrativa el 20 de noviembre de 2018, fecha para la cual había operado la prescripción para cualquier derecho que se hubiese hecho exigible con anterioridad al **20 de noviembre de 2015**. En consecuencia, tratándose de los diferentes contratos de trabajo realidad que existieron entre el 01 de febrero de 2012 al 31 de abril de 2015, operó el fenómeno de prescripción sobre los derechos relativos al pago de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, dotación de uniformes y la indemnización moratoria consagrada en el artículo 1º de la Ley 797 de 1949. De esta forma, se declarará como probada dicha excepción; y consecuente con ello, se absolverá a la **E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO** de estas súplicas.

En relación con el último contrato de trabajo realidad que se mantuvo vigente entre las partes desde el 01 de agosto de 2015 al 31 de diciembre de 2015, se observa que el actor recibió como remuneración la suma de \$1.113.000 mensuales.

En cuanto al régimen aplicable al demandante en su condición de trabajador oficial, debe precisar este Despacho que con la entrada en vigencia del Decreto 1919 de 2002, se extendió la aplicación del Decreto Ley 1045 de 1978, a los trabajadores oficiales del nivel territorial; de tal forma que de lo pretendido en la demanda tiene derecho al reconocimiento del auxilio de cesantías, vacaciones, prima de navidad, de vacaciones y dotación.

1. PRESTACIONES SOCIALES

- **Auxilio de cesantías**, un total de \$463.750
- **Vacaciones**, para un total de \$231.875
- **Prima de navidad**, la cual en virtud del artículo 35 del DL 1045/78 equivale a “un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año”, en proporción al tiempo laborado, por lo que se **condenará a la pasiva al pago de \$463.750**, por este concepto.
- **Prima de vacaciones**. De conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Decreto 1045 de 1978, el derecho a la prima de vacaciones, corresponde a 15 días de salario por cada año de servicio, y esta se

paga proporcionalmente cuando se labore en un periodo inferior ya que se aplica lo dispuesto en la Ley 995 de 2005 y en el Decreto 404 de 2006. Así las cosas, por concepto de prima de vacaciones se condenará a la ESE HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, la suma de \$231.875

2. DOTACIÓN

Frente a esta pretensión, se tiene que el artículo 1º del Decreto 1978 de 1989, establece que *“Los trabajadores permanentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo, al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales o Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta, tanto en el orden nacional como en las entidades territoriales, tendrán derecho a que la respectiva entidad les suministre en forma gratuita, cada cuatro (4) meses, un par de zapatos y un vestido de trabajo.”*

Así mismo, para que se consolide tal derecho, en virtud de lo preceptuado en el artículo 3º de esa normatividad, el servidor debe recibir una remuneración mensual inferior a dos salarios mínimos legales vigentes, y haber cumplido más de tres meses al servicio de la entidad al momento de su causación.

Igualmente, vale la pena recordar lo manifestado por la HCSJ en su sentencia con radicado 42546 de 2013 en la que se indicó:

Dotaciones no suministradas:

En relación con esta prestación social ha sido criterio de la Corte que *“El objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y es imperativo que lo haga so pena de perder el derecho a recibirla para el período siguiente. Se deriva por tanto que a la finalización del contrato carece de todo sentido el suministro pues se reitera que él se justifica en beneficio del trabajador activo, más en modo alguno de aquel que se halle cesante y que por obvias razones no puede utilizarlo en la labor contratada (...).”* (Sentencia de 15 de abril de 1998, rad 10400).

Conforme lo anterior, el derecho a la dotación de uniformes y calzado se causa cuando esté vigente la relación de trabajo del trabajador oficial, en la medida que este debe utilizar los mismos para ejecutar adecuadamente sus funciones, so pena que se libere a la entidad de tal obligación si no cumple con su destinación; pero legalmente no existe una normativa que en el sector oficial haya estipulado la posibilidad de entregar estos o compensarlos en dinero con posterioridad a la finalización de la relación laboral, admitiéndose, sin embargo, la posibilidad de indemnizar los perjuicios causados al trabajador que no le han sido entregados, pero estos deben ser demostrados debidamente, carga con la que no se cumplió en el caso examinado, en virtud de lo establecido en el artículo 167 del CGP.

3. AUXILIO DE TRANSPORTE.

Si bien el demandante devengaba una suma inferior a 2 smlmv, este no probó que en efecto su residencia se ubicara a una distancia mayor a los 1.000 metros, tal como lo establece el Decreto 1258 de 1959, por lo que se absuelve de esta pretensión a la pasiva.

4. HORAS EXTRAS FESTIVAS Y DOMINICALES

Se absuelve de esta pretensión a la pasiva, dado que el demandante no cumplió con la carga probatoria que le compete, con miras a demostrar que efectivamente laboró el tiempo suplementario festivo y dominical pedido, sin aportar elementos probatorios que otorgaran certeza a esta Sala respecto de las fechas en que se prestó el servicio o el número de días determinado.

5. DESCUENTOS RETENCIÓN EN LA FUENTE

Sobre el particular, no existe en el plenario prueba alguna que demuestre los descuentos en ese sentido realizados por la entidad pública ejecutada y el monto de los mismos, motivo por el cual se absolverá de dicha pretensión.

6. CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

Frente a la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento del subsidio familiar, por no haber sido afiliado a una Caja de Compensación Familiar, es evidente que la misma no está llamada a prosperar, dado que el señor AVELLANEDA PACHECÓ faltó a su carga probatoria encaminada a demostrar que en efecto, informó y acreditó a la pasiva, la existencia de hijos o dependientes beneficiarios del subsidio que ahora reclama y en tal virtud, se absuelve del pago de este emolumento al hospital demandando.

7. SANCIÓN ARTÍCULO 99 LEY 50 DE 1990.

Como es sabido, la normatividad señalada no es aplicable para el caso de los trabajadores oficiales del sector público, de tal suerte que bajos esos parámetros no queda camino diferente para la Sala que absolver a la demandada de dicha indemnización por la no consignación oportuna de las cesantías.

8. INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL DECRETO 797 DE 1949

En cuanto a la indemnización moratoria consagrada en el Decreto 797 de 1949 en su artículo 1º, párrafo 2º, la misma establece:

*«PARÁGRAFO 2o. Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en **que se haga efectivo el despido o***

el retiro del trabajador. *Dentro de éste término los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.»*

De acuerdo a la norma en cita, la indemnización moratoria solamente procede en el evento de despido o retiro del trabajador; sin embargo, es del caso recordar que, como ha sido largamente determinado por este Tribunal, la aplicación de la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato, no se impone de manera automática, sino que debe proceder, si es del caso, luego de un exhaustivo análisis de la conducta del empleador frente a tal menoscabo de los derechos del trabajador, análisis este que tiene como foco central, la conducta del incumplido, con el fin de determinar si estuvo o no revestida de buena fe, para lo cual no cuenta el juez de conocimiento, con reglas objetivas.

Bajo este precepto, en el caso que hoy nos ocupa, es evidente la mala fe en el actuar del hospital haber vinculado al trabajador mediante la utilización diferentes estrategias de contratación aparente, con el fin de disfrazar el contrato laboral que realmente existía, y con el fin de evitar el pago de las acreencias laborales que causó a su favor con su prestación personal del servicio en los términos señalados.

En consecuencia, se condenará a la demandada E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO a reconocer y pagar al señor JOSÉ POMPILIO AVELLANEDA PACHECO, a título de indemnización moratoria, la suma de \$37.100 diarios, a partir del 31 de marzo de 2016, hasta que se satisfaga el pago total de lo adeudado, teniendo en cuenta que el plazo máximo para el pago de las prestaciones sociales es de noventa (90) días calendario con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo.

9. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Frente a la indemnización por despido injusto que fuera solicitada por la parte demandante, considera la Sala que no se probaron los presupuestos legales para tener derecho a este emolumento. Lo anterior, dado que es sabido que, con el fin de acceder al pago de esta indemnización, la parte interesada debe probar el hecho del despido, y es al empleador, el demostrar la justa causa para el mismo; sin embargo, no existe prueba en el expediente de que la contratación hubiera cesado en virtud de una decisión unilateral de la ESE demandada.

Al respecto, en sentencia de la CSJ SL2696-2015, se puntualizó lo siguiente:

En consecuencia, ante la falta de prueba con la que se demuestre si la relación culminó por renuncia simple o provocada o por un despido, lo pertinente es absolver a la pasiva de la indemnización correlativa; de esta forma la condena impuesta por este concepto se revocará.

En tal virtud, se absuelve a la pasiva de esta pretensión.

10. APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN PENSION

Dado que en virtud del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, durante la relación laboral deberán realizarse las cotizaciones al sistema general en pensión por parte de los empleadores, dado que la ESE demandada no afilió al trabajador demandante a una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), ni pagó los aportes correspondientes a pensiones, debe asumir la carga de su pago.

En tal virtud, se ordenará a la ESE HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, que pague al ente de seguridad social o fondo al que se encuentre afiliado el accionante, por los diferentes periodos en que estuvo vigente la relación laboral y que fueron aquí declarados, ello teniendo en cuenta que los citados aportes no prescriben. Lo anterior con base en el salario devengado por el actor.

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

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

VII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EN SU TOTALIDAD la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta y en su lugar, **DECLARAR** la existencia de múltiples contratos de trabajo entre el señor JOSÉ POMPILIO AVELLANEDA PACHECHO y la ESE HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, en los siguientes periodos:

Fecha Inicio	Fecha Terminación
01 febrero de 2012	31 marzo de 2012
01 mayo de 2012	31 de julio 2013
02 de septiembre 2013	30 de septiembre 2013
02 de diciembre 2013	31 de diciembre 2013
03 de marzo 2014	31 de abril 2015
01 de agosto 2015	31 de diciembre 2015

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de los contratos de trabajo realidad que existieron entre el 01 de febrero de 2012 al 31 de abril de 2015, sobre los derechos relativos al pago de prestaciones

sociales, dotación de uniformes y la indemnización moratoria consagrada en el artículo 1º de la Ley 797 de 1949.

TERCERO: CONDENAR a la ESE HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO al pago a favor del actor de las siguientes sumas de dinero:

- **Cesantías**, un total de \$463.750.
- **Vacaciones**, para un total de \$231.875
- **Prima de navidad**, para un total de \$463.750.
- **Prima de vacaciones**, por un valor de \$231.875

CUARTO: CONDENAR a la demandada E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO a reconocer y pagar al señor JOSÉ POMPILIO AVELLANEDA PACHECO, a título de indemnización moratoria, la suma de \$37.100 diarios, a partir del 31 de marzo de 2016, hasta que se satisfaga el pago total de lo adeudado, teniendo en cuenta que el plazo máximo para el pago de las prestaciones sociales es de noventa (90) días calendario con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo.

QUINTO: CONDENAR a la ESE HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, a pagar al ente de seguridad social o fondo al que se encuentre afiliado el accionante, los diferentes periodos en que estuvo vigente la relación laboral y que fueron aquí declarados, ello teniendo en cuenta que los citados aportes no prescriben. Lo anterior con base en el salario devengado por el actor, previa solicitud del cálculo actuarial pertinente.

SEXTO: DECLARAR como no probadas las excepciones de BUENA FE DEL CONTRATANTE, COBRO DE LO NO DEBIDO, MALA FE DE LA PARTE ACTORA, COMPENSACIÓN Y FALTA DE SOPORTE JURÍDICO SUSTANCIAL propuestas por la demandada.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la pasiva de las demás pretensiones incoadas en su contra.

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. 068, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 29 de junio de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Proceso: Ordinario Laboral
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-001-2019-00134-01
Rad. Interno: 18982
Juzgado: Primero Laboral Circuito de Cúcuta
DTE/ Marlon Alcides Sandoval Muñoz
DDO/ Transportes Tonchalá, S.A.
Tema: Inadmisión reforma de demanda

San José de Cúcuta, veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Sería del caso proceder a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto de fecha 25 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado 54-001-31-05-001-2019-00134-00 y Partida de Tribunal N°18942 presentado por el señor MARLON ALCIDES SANDOVAL MUÑOZ en contra de TRANSPORTES TONCHALÁ, S.A., sino se observara una deficiencia en los presupuestos procesales, ya que no existe competencia de este Tribunal, para avocar conocimiento por medio del recurso interpuesto, dadas las razones que a continuación se explican:

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, expresa que en todas las actuaciones administrativas y judiciales, deberá respetarse el debido proceso, lo cual permite inferir que cuando ello no se cumple, todo el procedimiento realizado a partir del hecho vicioso, sea ilegal y consecuentemente vulneratorio de este principio. Por ello, este elemento se convierte en el primer lineamiento a seguir por parte del juez en cada una de las etapas de todo proceso.

Así mismo, el numeral 12 del artículo 42 y el artículo 132 del Código General del Proceso, establece que agotada cada etapa del proceso, el juez deberá realizar un control de legalidad para corregir o sanear los vicios que puedan configurar nulidades u otras irregularidades dentro del proceso.

CASO CONCRETO

En el presente caso, el accionante por medio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de TRANSPORTES TONCHALÁ, S.A., con el objeto que, entre otras cosas, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, demanda que fue admitida mediante auto de fecha 22 de abril de 2019 (folio 29).

Posteriormente el 28 de mayo de 2019, mediante memorial visto a folio 129 la parte activa indicó que presentaba adición “de la demanda en los hechos, el acápite de pruebas respecto de los testigos, así como aportando los documentos que se relacionaron en la demanda inicial, pero que por error involuntario no se aportaron, e incluyeron otros documentos como medios de prueba”.

Una vez realizadas las notificaciones de ley y presentada la contestación de la demanda, el día 12 de noviembre de 2019 (folio 204) el Juez A quo dispuso lo siguiente: “NO SE ADMITE LA REFORMA A LA DEMANDA presentada por la apoderada judicial del demandante, por haberse presentado antes del término que establece el inciso 2 del artículo 28 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”.

En audiencia de fecha 25 de febrero de 2020 (folio 209) la apoderada de la parte demandante intervino manifestando que no se encontraba de acuerdo con la decisión de no admitir la reforma de la demanda, ya que a su juicio, la misma no se presentó de manera extemporánea; igualmente puso de presente que el A quo no se pronunció respecto de los documentos que fueron aportados con dicha reforma, que habían sido listados en el acápite de pruebas de la demanda inicial, pero que por un error involuntario no habían sido allegados, solicitando que los mismos sean tenidos en cuenta al momento de decretar las pruebas, de manera oficiosa, de acuerdo al artículo 42 del CGP.

El funcionario de instancia, señor Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, durante la audiencia llevada a cabo el día 25 de febrero de 2020 manifestó que mantenía su decisión de no admitir la reforma a la demanda ya que la misma no fue presentada en los términos establecidos en la norma laboral para tal fin.

Indicó el A quo que la oportunidad para pedir pruebas a favor de la parte demandante es mediante el escrito de demanda o de su reforma; que en este caso no se admitió la reforma de la demanda, por lo que no es de recibo la solicitud de tener en cuenta las pruebas traídas en dicha reforma fallida; que si más adelante, en el desarrollo del proceso, el despacho considera necesarios ciertos documentos para proferir el fallo, su incorporación se haría de manera oficiosa.

La apoderada judicial de la parte demandada no se encontró de acuerdo con la decisión anterior por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que el despacho dio respuesta a dos de las tres solicitudes realizadas: no se admite la reforma, por considerarse extemporánea, y que de ser necesario se incorporarían los documentos como prueba de oficio; pero que nada dice respecto de las pruebas que fueron enunciadas en la demanda y que por error involuntario no fueron adjuntadas, y que se enunciaron en término de ley, es decir, antes de notificar a la demanda.

De lo anterior, surge evidente que la decisión atacada por la recurrente no encuadra en ninguno de los autos que son considerados apelables según el artículo 65 del CPTYSS ni en otra codificación; todo ello en virtud a que la inconformidad manifestada por el apelante versa sobre la **falta de pronunciamiento** del Juez A quo respecto a la adjunción como prueba de unos documentos que fueron aportados con la reforma de la demanda, enlistados en el acápite de pruebas de la demanda inicial, sin que fueran adjuntadas a la misma por un error involuntario de la parte activa.

De esta manera, podría concluir la Sala que en el sub-lite el auto atacado por vía de apelación es el que **“rechace la demanda o su reforma”** (numeral 1 del artículo 65 CPTYSS); sin embargo, esto no fue lo que precisó la apoderada en su intervención, quien se encontró de acuerdo con el rechazo de la reforma realizada por el Juzgador de primer nivel adoptada mediante auto del 12 de noviembre de 2019 (folio 204), providencia respecto de la cual la activa guardó silencio, elevando el recurso de alzada solamente hasta la audiencia realizada el día 25 de febrero del año 2020, cuando solicitó pronunciamiento expreso por parte del juzgador sobre la adjunción de los documentos allegados.

Así mismo, si se revisara la posibilidad de que se trate de la apelación del auto que **“niegue el decreto o la práctica de una prueba”**, esto no tendría cabida, ya que el recurso apelación no se elevó en la oportunidad procesal pertinente para tal efecto, esto es, dentro del decreto de pruebas que deberá surtirse posteriormente dentro de la actuación, escenario idóneo en donde el juzgador decidirá si los documentos enunciados en la demanda y que no fueron allegados por un error involuntario serán decretados o no como prueba, ya sea a petición de parte o decretados de manera oficiosa.

Por ende, en ejercicio del control de legalidad se dejará sin efecto el auto del quince (15) de julio de 2020 proferido por el Magistrado Sustanciador, mediante el cual se admitió el recurso de apelación presentado y, en su lugar, se rechazará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto de fecha 25 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado 54-001-31-05-001-2019-00134-00 y Partida de Tribunal N°18942 presentado por el señor MARLON ALCIDES SANDOVAL

MUÑOZ en contra de TRANSPORTES TONCHALÁ, S.A., por no ser susceptible de recurso de apelación el auto atacado, en los términos del artículo 65 del CPTYSS y del CGP.

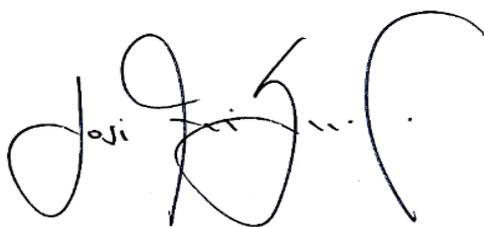
En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DEJAR sin efecto el auto del quince (15) de julio de 2020 proferido por el Magistrado Sustanciador, mediante el cual se admitió el recurso de apelación presentado y, en su lugar se rechazará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto de fecha 25 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado 54-001-31-05-001-2019-00134-00 y Partida de Tribunal N°18982 presentado por el señor MARLON ALCIDES SANDOVAL MUÑOZ en contra de TRANSPORTES TONCHALÁ, S.A.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 29 de junio de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de Junio de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2019-00443-00
RADICADO INTERNO:	19.094
DEMANDANTE:	SAMUEL CARRILLO CASTRO
DEMANDADO:	GLADIS MARÍA CASTILLO SANTOS

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, dentro del proceso ordinario laboral promovido por SAMUEL CARRILLO CASTRO contra GLADIS MARÍA CASTILLO SANTOS, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2019-00443-00, y Radicación interna No. 19.094 de este Tribunal Superior, interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 2 de octubre 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

El señor SAMUEL CARRILLO CASTRO, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra GLADIS MARÍA CASTILLO SANTOS para que se reconozca:

- La existencia de un contrato de trabajo entre el 1 de febrero de 1993 hasta el 4 de julio de 2019, el cual, fue finalizado sin justa causa.
- Solicita que se condene al pago de los aportes en seguridad social, prestaciones sociales, vacaciones, afiliación a caja de compensación familiar, pensión sanción desde el momento en que cumpla con la edad para pensionarse, indemnización por despido sin justa causa, dotaciones de calzado y vestido.

Como fundamento fáctico afirma:

- Que el Señor SAMUEL CARRILLO CASTRO refiere, celebró contrato laboral a término indefinido con la Señora GLADIS MARÍA CASTILLO SANTOS, desde el 1 de febrero de 1993, para desempeñar labores como empleado de montallantas y oficios varios en las instalaciones del Montallantas la Quinta, recibiendo ordenes de la Señora GLADIS MARÍA CASTILLO SANTOS.

- Que el 4 de julio de 2019 fue despedido sin justa causa y el salario pactado fue un salario mínimo legal mensual y con un horario establecido de domingo a domingo de 6:00 a.m. a 8:00 p.m.

La demandada GLADIS MARÍA CASTILLO SANTOS contestó a la demanda, argumentando:

- Que no ha celebrado contrato de trabajo con el actor bajo ninguna modalidad, por lo que no ha devengado ningún tipo de salario porque nunca ha sido su empleado, y, por ende, no puede haber ningún tipo de subordinación, la cancelación de un salario y mucho menos el cumplimiento de un horario.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del tema de decisión:

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 2 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: *DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la parte demandada la Señora GLADIS MARÍA CASTILLO, conforme con las motivaciones de esta sentencia.*

SEGUNDO: *ABSOLVER a la demandada GLADIS MARÍA CASTILLO SANTOS de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante de conformidad con las motivaciones de esta sentencia.*

TERCERO: *COSTAS a cargo de la parte demandante*

2.2. Fundamento de la decisión.

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

- Que, se recepcionó el testimonio del Señor Epifanio Cuero Alegrías, quien afirma, que conoce al demandante desde hace más de 35 años, que a la demandada no la conoce; explicó, que el actor trabajó en un monta llantas de la avenida quinta con calle dieciséis de 6:00 a.m. a 9:00 p.m., que era cliente del monta llantas por lo que iba constantemente y veía al actor siempre. Que, el señor SAMUEL CARRILLO recibía órdenes del patrón y habla de una señora y un señor pero no hace referencia a los nombres de ellos; que el testigo desconoce desde cuándo empezó a laborar, ni cuando término; desconoce si le hacían aportes a seguridad social, que siempre lo veía con ropa personal mas no con dotación.

- El segundo testigo, Señor Jesús Manuel Silvano Epifanio, señaló que conoce al demandante desde hace 35 años como monta llantas; explicó, que el actor trabajo con el testigo en un punto que él tenía frente a la bomba de Miraflores, pero después se retiró y se fue a trabajar al monta llantas de la Avenida quinta con Calle dieciséis; que iba al monta llantas y veía al actor pero no sabe cuándo inició, ni quien lo contrató, que los patronos le imponían un horario al actor pero no señala quienes eran.

- En el interrogatorio la parte demandada, manifestó, que si bien el monta llantas aparece a nombre de ella, es una herencia de sus padres, y que es de propiedad de los tres hermanos, que su actividad es el hogar, que los monta llantas se ponen su propio horario, que ellos pagan el 50% de lo que hagan en el día, y con el otro 50% pagan servicios y lo dividen entre los hermanos, que conoció al demandante posterior al año 1999 cuando falleció su padre, que en ningún momento se hizo contrato con el Señor Samuel.

- La declarante Dolly Leonor Castillo, hermana de la demandada, manifestó, y aceptó que ella percibe porcentajes por ser heredera del monta llantas; que nunca existió un contrato con el Señor Samuel, que ellos pagan es un porcentaje, que ellos se ponen sus horarios, van y llegan cuando quieren o necesiten; que el Señor Samuel se fue “de buenas a primeras”; que ellos mismos tenían la responsabilidad de abrir y cerrar.

- El señor Alfonso Bastidas, asomado por la parte demandada, informó, que él también es monta llantas que conoce al demandante, que ellos trabajan por porcentajes que el 50% es para ellos y el otro 50% es para los propietarios del local, que no hay contrato, que el establecimiento lo abre el primero que llegue y van tomando el turno a medida que se presenten y lleguen, desconoce sobre la afiliación en seguridad social y pago de prestaciones del actor.

- Afirma, que, analizadas las versiones de los testigos junto con el interrogatorio, no existe duda, que el Señor SAMUEL CARRILLO CASTRO, prestó servicios en la actividad de monta llantas en el local ubicado en la Avenida Quinta con Calle dieciséis.

- Refiere, respecto de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, esto es, la actividad realizada por sí mismo, la subordinación del trabajador respecto del empleador, salario como retribución del servicio; encontró, que el expediente está huérfano de prueba, pues si bien los testigos de la parte demandada señalaron que conocían al demandante desde hace más de 35 años, que iban seguido a ese lugar y que veían a un señor y una señora que eran los patronos, no establecen cuales eran sus nombres, ni tampoco señalaron, si esos “patronos” daban ordenes al actor ni que le impusieran un horario, y tampoco obra ninguna prueba documental de la cual se desprenda que efectivamente la demandada pagaba o remuneraba al actor por la labor desarrollada, ni muchos menos se probó los extremos laborales.

- Al no encontrar probado la existencia de los elementos del contrato de trabajo, debe declararse probada la excepción de cobro de lo no debido por lo que absuelve a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

3. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante sustentó el recurso de apelación en lo siguiente:

- Indica que los Señores Jesús Manuel Silva, y Epifanio Cuero, testigos de la parte demandante manifestaron, de manera clara que hubo actividad laboral en un establecimiento de comercio cuyo propietario es la demandada junto con sus hermanos.

- Que, de igual forma, existió subordinación por parte de la demandada, pues ella misma en su interrogatorio manifestó que los monta llantas recibían el 50% de lo producido del día y el otro 50% era para los propietarios, que de ello existe una contabilidad, donde se evidencian los pagos que se realizaban al actor, por lo que manifiesta que si es del caso se podría ordenar una prueba de oficio.
- Que de igual forma con el interrogatorio de la demandada y la declaración de la hermana de la demandada y el testigo Alfonso se prueban los extremos pues este último hablo de la existencia de un seguro que evidencian la actividad comercial y de dónde provenía la utilidad.

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:

Se ratifica en los todos los hechos y las pretensiones expuestas en la demanda, y considera que en el fallo de primera instancia no se hizo una valoración adecuada de las pruebas testimoniales aportadas por la parte demandante los cuales son determinantes para la demostración de la subordinación dentro de la relación laboral, así como la prestación personal del servicio, que claramente el actor ejerció desde el año de 1997 hasta el 2019.

De igual forma, enfatizó que dentro del acervo probatorio se evidenció al momento de la práctica del interrogatorio de parte a la demandada GLADIS CASTILLO SANTOS, que efectivamente el actor trabajaba para su padre y para ella dentro de las instalaciones del Monta-llantas La Quinta, reconociendo una relación laboral preexistente entre las partes y dando lugar al reconocimiento de las acreencias laborales, sustento que el despacho desconoció y no valoró de manera asertiva en consideración a los principios de la sana critica, por lo que solicito acceder a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y proceda dictar la sentencia que en derecho corresponda.

•PARTE DEMANDADA:

Indicó que en la etapa probatoria no fue posible de ninguna manera como lo indicó el Juez *a quo* demostrar los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, ni a través de pruebas documentales porque no se presentó ningún documento o prueba material que pudiera sustentar los hechos o las pretensiones, y en segundo lugar porque los testimonios que se presentaron no pudieron establecer ni si quiera cuales eran los extremos laborales, quedando claro que aunque el actor Samuel Carrillo manifestó conocer a la demandada desde 1.993, no era cierto, ya que la Señora Gladis Castillo, no tuvo que ver con la propiedad ni con ninguna de las actividades que allí desarrollaban para la fecha de inicio alegada por el demandante, la demandada conoció al demandante hasta el año 1999, antes de esa fecha ni

siquiera tuvo que ver con la propiedad en donde manifestó el demandante se desarrolló la presunta relación laboral.

Agregó, que los dos testigos presentados tampoco tenían conocimiento claro sobre cumplimiento de horarios, sobre el pago de salario y mucho menos sobre el elemento subordinación puesto que el juez consideró que literalmente **“la demanda era huérfana de pruebas”** respecto a los elementos esenciales del contrato de trabajo, los testigos no tenían idea de quienes eran presuntamente administradores, o propietario o figura similar que pudieran probar, ya que como indicaron en sus relatos bajo gravedad de juramento no conocen a la señora Gladis Castillo ni tampoco tienen certeza de quienes son sus hermanos o los otros propietarios del inmueble, no tienen certeza de que alguien desarrollara actividades de empleador y no presentaron prueba alguna que pueda sustentarlo, por lo que solicita confirmar la decisión tomada en primera instancia, y reiterar el sentido de la decisión que determinó como probada la excepción del pago de lo no debido, no existiendo ningún vínculo laboral ni relación contractual entre las partes, no hay lugar al reconocimiento de ninguna de las pretensiones.

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 el Señor SAMUEL CARRILLO CASTRO y la demandada GLADIS MARÍA CASTILLO SANTOS para imponer las condenas prestacionales solicitadas?

7. CONSIDERACIONES:

Se procede a determinar si entre el demandante SAMUEL CARRILLO CASTRO y la demandada GLADYS MARÍA CASTILLO SANTOS, existió un contrato de trabajo desde el 1° de febrero de 1993 hasta el 4 de julio de 2019, y si en su condición de empleador surge la obligación de reconocer los derechos prestacionales reclamados y los derivados de una terminación unilateral del mismo, sin justa causa.

Al respecto, el Juez *a quo* consideró que, analizadas las pruebas testimoniales junto con el interrogatorio, no existe duda, que el Señor SAMUEL CARRILLO CASTRO, prestó servicios en la actividad de monta llantas en el local ubicado en la avenida quinta con calle dieciséis, sin embargo, señaló que estas pruebas no evidencian la subordinación que refiere el actor ejercía la demandada sobre él, tampoco se encontró prueba documental de la cual se desprenda que efectivamente la demandada pagaba o remuneraba al actor por la labor desarrollada, ni muchos menos se probó los extremos laborales.

La parte actora, refiere en su recurso de apelación que los testimonios logran evidenciar la prestación personal del servicio, al igual que la existencia de subordinación por cuanto fue la propia demandada quien manifestó en el

interrogatorio de parte la forma como se dividían en porcentajes el producido del día en el montallantas.

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

Al respecto, vale la pena recordar, al igual que lo hizo el juez *a quo*, que, como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.

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

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

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo también el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”*. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: *“El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo”*. Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que: *“El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes...”*, lo cual guarda consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Por lo anterior, para que exista la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., el actor debe acreditar la prestación personal del servicio como el período en que ejecutó la actividad, para de esa forma trasladar a la demandada la carga de la prueba de demostrar que no existió subordinación.

Con fundamento en la anterior normatividad y jurisprudencia, con el fin de resolver el problema jurídico antes expuesto, la Sala observa que dentro del expediente obran como pruebas las siguientes:

- Folio de matrícula inmobiliaria No. 260-206608 del predio urbano ubicado en la Calle 16#5-31 Barrio la Cabrera, de propiedad de la señora Gladys María Castillo Santos (folio 49 a 57).
- Testimonio rendido por el Señor EPIFANIO CUERO ALEGRÍAS, quien manifestó conocer al Señor SAMUEL CARRILLO CASTRO, desde hace más de 35 o 40 años, que no conoce a la Señora GLADYS MARÍA CASTILLO SANTOS, y frente a la pregunta de si tiene conocimiento que entre las partes existió una relación laboral, contestó: "...si porque él trabajo en un monta llantas, yo iba a montar llantas allá y eso queda por la Avenida quinta con Calle 16 frente al restaurante "la Dacha", él trabajaba desde bien temprano de seis de la mañana hasta tarde de la noche, hasta las nueve, porque yo pasaba con la moto y él todavía estaba ahí".

Seguidamente al preguntarle si tenía conocimiento de quien era el empleador del señor SAMUEL CARRILLO y que tipo de contrato tenía, contestó: "...ahí yo me acuerdo que estaba una muchacha y una señora, no sé cómo se llamaba la señora, siempre que yo iba estaba la señora o estaba el hermano supuestamente, y los patronos eran la señora y el señor que yo le digo, no sé cómo se llaman, pero ellos eran los que frecuentaban ahí" y en cuanto a la pregunta de si tiene conocimiento desde cuándo empezó a prestar servicios el señor SAMUEL CARRILLO, contestó: "...siempre ha estado ahí hace más de 25 o 27 años, y trabajó hasta antes de la pandemia, como un año o año larguito".

En cuanto al horario y quien daba ordenes al actor, contestó: "...él llegaba a las 6 de la mañana hasta las 9 de la noche, y las ordenes se las daba la señora y el otro muchacho, el hermano de la señora", y en cuanto a la seguridad social, contestó: "no señor, él no tenía seguridad social solo el seguro del Gobierno el SISBEN, yo charlaba mucho con él y me contó".

- El testigo JESÚS MANUEL SILVA EPIFANO, indicó, que conoce al Señor SAMUEL CARRILLO, desde hace 35 años en razón a la misma actividad de monta llantas que desempeñaban y que el señor Samuel trabajaba con el testigo en el monta llantas "Miraflores" y de ahí se fue para el monta llantas de la avenida quinta que es de propiedad de la Señora GLADYS CASTILLO.

Se le pregunto si conocía a la Señora GLADYS MARÍA CASTILLO SANTOS, y este contestó: "...No a la Señora Gladys de frente no he tenido trato con ella, cuando yo iba a visitar a Samuel, ella en su oficina, pero de trato con ella no"; frente a la pregunta si tuvo conocimiento desde cuándo empezó a prestar servicios el Señor

SAMUEL CARRILLO en ese monta llantas, contestó: "...hace más de 20 años, no recuerdo la fecha exacta pero recuerdo que eso fue hace 25 años, pero la fecha exacta no puedo precisarla, sé que eso queda en la Avenida quinta con Calle 16 esquina"; manifestó que tampoco recuerda quien contrató al Señor SAMUEL, que el actor trabajaba lunes, miércoles y viernes, y a veces le tocaba de 6:00 a.m. a 6:00 p.m.; que los "patrones" eran los que le imponían esos horario, e identificó a la Señora GLADYS CASTILLO y DOLLY CASTILLO como empleadores; que al actor le pagaba diariamente \$50.000 o \$60.000 dependiendo del trabajo que llegara al taller de monta llantas, que no tenía salario fijo, e indicó desconocer quién era la persona que le daba ordenes, y frente a la pregunta de si tuvo conocimiento hasta cuando trabajó, contestó: "no sé exactamente la fecha pero sé que hasta el año pasado, no sé porque dejó de trabajar allá"

- En interrogatorio de parte, la Señora GLADYS MARÍA CASTILLO SANTOS, indicó, que actualmente se dedica al hogar; frente a la pregunta de qué relación tiene con el monta llantas denominado "La Quinta", contestó: "...el monta llantas nos quedó como una herencia que recibimos, ahí éramos tres hermanos, estaba solo a nombre mío, pero igual éramos tres hermanos"; en cuanto al funcionamiento del monta llantas, contestó: "...ellos me pagaban un porcentaje por usar el monta llantas por desarrollar esa actividad, yo no administraba el monta llantas, soy la dueña de la casa, allá no habían administradores, ellos desarrollaban la actividad ellos mismos, ellos eran los que cobraban, y ejecutaban y cumplían su horario"; sobre quien recaudaba los dineros que provenían de las actividades que provenían del monta llantas, indicó "a veces si estaba alguno de los tres, uno recibía, si estaban solos, ellos hacían el recaudo y en la noche se repartía el 50% diariamente"

En cuanto a la pregunta si conoce al Señor SAMUEL CARRILLO y desde qué momento, contestó: "...yo lo conocí después de que mi papá falleció, el 22 de septiembre de 1999, mi papá falleció en el año 1996, pero mientras se hizo la sucesión y todo eso, entonces en septiembre de 1999 fue que lo conocí y no como Samuel porque a él le decían niño, fue como cinco años después que supe que era Samuel, ni sabía como se llamaba"; explicó, en cuanto a la actividad que realizaba el señor Samuel Carrillo en el monta llantas La Quinta y el horarios, que nunca se hizo un contrato de trabajo, yo solo les facilitaba el local para que ellos trabajaran y solo por eso ellos pagaban un porcentaje diario por trabajar ahí, que el horario siempre se lo colocaban ellos, nunca hubo horario porque el primero que llegaba era el que tomaba el servicio, y que ellos mismos se encargaban de abrir y cerrar el monta llantas, ellos disponían del horario de trabajo.

- La declarante DOLLY LEONOR CASTILLO DE ANGARITA, manifestó ser hermana de la demandada y conoce al Señor SAMUEL CARRILLO porque él antes de trabajar en el monta llantas La Quinta, trabajaba al lado, en otro monta llantas. Afirmó que no recuerda desde cuando el Señor SAMUEL empezó a trabajar en la Avenida Quinta con Calle 16, que el inmueble siempre ha funcionado mediante el alquiler y que inicialmente el porcentaje de este se le cancelaba era a su Señor padre antes de fallecer y luego por herencia los hermanos empezaron a disfrutar del porcentaje que se entregaban del alquiler del monta

llantas; indicó que nunca se trabajó a través de contrato, siempre fue alquiler y que ellos mismos se colocaban los horarios de trabajo y daban un porcentaje de lo que hacían, que no recuerda cuando inicio el Señor Samuel Carrillo, cree que trabajo como hasta junio de 2019 debido a las múltiples deudas que tenía, que el actor no fue continua, a veces se iba por un año, volvía y regresaba, trabajaba tres días y volvía y se iba.

- El testigo, ALFONSO BASTIDAS, indicó, que conoce al Señor SAMUEL CARRILLO en el Barrio San José, que conoce a la Señora DOLLY CASTILLO y al Señor JORGE CASTILLO, que luego el testigo y el actor trabajaron juntos en el monta llantas La Quinta, explicó que no trabajaban con contrato, que trabajaban con porcentaje, que ellos se ganaban el 50% de lo que producían y ellos mismos después se lo dividían, y el otro 50% lo dejaban en caja y al día siguiente la Señora Dolly Castillo pasaba y recogía lo que producía; indicó desconocer la fecha de ingreso del Señor SAMUEL CARRILLO, porque nunca le preguntó, y tampoco hasta cuando trabajó porque el testigo en el año 2013 se retiró, duro seis años por fuera y en el año 2019 ingresó otra vez; que desconoce las razones por las cuales el Señor SAMUEL CARRILLO dejó de trabajar, e indicó que laboraban en un turno de 6:00 a.m. a 6:00 p.m. y a veces de 6:00 a.m. a 9:00 p.m.; explicó que cuando el testigo llegaba muchas veces el monta llantas ya estaba abierto pero básicamente quien madrugaba abría el monta llantas.

Respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación No. 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”

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, 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; esta Sala procederá a analizar si las conclusiones del juez *a quo*, fueron acertadas sobre cómo la demandada desvirtuó la presunción en su contra, al evidenciarse que la Señora GLADYS MARÍA CASTILLO SANTOS, no ejerció subordinación respecto del señor SAMUEL CARRILLO CASTRO, pues realmente desarrolló las actividades de monta llantas de manera autónomo e independiente.

En primera medida, se destaca que no existe controversia entre las partes, sobre la prestación de servicios del demandante SAMUEL CARRILLO

CASTRO, en el monta llantas “La Quinta” ubicado en el predio de propiedad de la Señora GLADYS MARÍA CASTILLO SANTOS; por lo que, se encuentra demostrada la prestación personal del servicio que da lugar a aplicar la presunción del artículo 24 del C.S.T. sobre el elemento de subordinación y por ende, compete a la demandada la carga de la prueba de desmontar plenamente que su relación no se corresponde con un contrato de trabajo.

Al respecto, desde la contestación de la demanda, se argumentó por parte de la Señora GLADYS MARÍA CASTILLO SANTOS, que no celebró contrato de trabajo con el actor bajo ninguna modalidad, que no devengó ningún tipo de salario porque nunca ha sido su empleado, y por ende, no puede haber ningún tipo de subordinación, y mucho menos el cumplimiento de un horario, por lo que corresponde analizar el material probatorio para establecer si realmente se desmontó la presunción en favor del demandante.

En esa medida, el ejercicio o sistema normativo impone el deber de aplicar una apreciación en conjunto y acorde a las reglas de la sana crítica, esto es, un análisis juicioso, serio y razonado de los elementos de la lógica y la experiencia, sin apartarse de los conocimientos científicos o intelectuales, para que a través de este ejercicio, se alcance una mayor persuasión o credibilidad de lo que es la verdad material del objeto de estudio, y al respecto vemos qué obra como prueba, únicamente testimonios que son los que permitirían inferir bajo qué calidad realmente se relacionaron las partes.

Analizando las anteriores declaraciones se observa, que la manifestación realizada por EPIFANIO CUERO ALEGRÍAS, se establece, que el señor SAMUEL CARRILLO trabajaba en el Monta Llantas “La Quinta” porque el testigo llevaba su motocicleta ahí; sin embargo desconoce quién fue su empleador, o en qué condiciones laborales se encontraba el señor SAMUEL CARRILLO, desarrollando esta actividad, pues identificó como “patronos” del actor a “una muchacha, una señora o estaba el hermano”, pero no dio sus nombres; de igual forma tampoco señaló, desde y hasta que momento el actor empezó a trabajar en el monta llantas, simplemente da un intervalo de tiempo entre 25 o 27 años, y hasta antes de la pandemia, “como un año o año larguito”, de manera que, para la Sala, este testimonio no permite corroborar la existencia de una relación laboral entre el señor SAMUEL CARRILLO y la señora GLADYS CASTILLO, pues desconoce si las actividades de monta llantas desarrolladas por el actor eran para beneficio de la demandada, si el actor se encontraba subordinado por esta, y mucho menos los extremos en que presuntamente se desarrolló la relación laboral.

Por otra parte, del relato del testigo JESÚS MANUEL SILVA EPIFANO, se desprende que el señor SAMUEL CARRILLO trabajó en el Monta Llantas “La Quinta”, el cual, identifica como de propiedad de la Señora GLADYS CASTILLO, a quien veía en la oficina del monta llantas; desconoce quién contrató al actor, pero refiere que los “patrones” eran la señora GLADYS CASTILLO y DOLLY CASTILLO pero no da explicaciones de la ciencia de su dicho; confirma, que el actor no tenía salario fijo y que sus ingresos en el monta llantas dependían del trabajo que llegara al taller, tampoco recuerda la fecha de ingreso y frente a la pregunta de si tuvo conocimiento hasta cuando trabajó, contestó: “no sé exactamente la fecha pero sé que hasta el año pasado, no sé porque dejó de trabajar allá”.

De igual manera, este testigo tampoco ofrece claridad de la existencia del vínculo laboral, al no ser concordante con la versión del primer testigo, pues

en este testimonio se indicó, que la señora DOLLY CASTILLO también era su empleador, sin embargo, no dio razones del por qué tenía conocimiento de ello, y desconoce los extremos de la relación pues da solo un intervalo de tiempo como fecha probable de duración del contrato.

En lo que atañe a la declaraciones de los testigos de la demandada, vemos que el señor ALFONSO BASTIDAS, fue compañero de trabajo del señor SAMUEL CARRILL, en el Monta Llantas “La Quinta”, y explicó que la labor de ellos como monta llantas no estaba ligada a un contrato de trabajo, por el contrario su actividad era autónoma e independiente, por cuanto ganaban de acuerdo al producido diario, y un porcentaje de ello lo dejaban en caja porque le correspondía a la propietaria del predio donde funcionaba el monta llantas, que realizaban la actividad en el horario que ellos elegían, y tampoco recibían órdenes.

Para la Sala las manifestaciones de este testigo sí resultan determinantes para aclarar la relación que pactaron las partes, pues como compañero de trabajo del actor, su relato, evidenció que la labor de monta llantas no estaba ligada a un contrato laboral, pues según explica el testigo desarrollaban esta labor bajo su propio cuenta y riesgo, en un predio que no era de propiedad de ellos y por el cual diariamente pagaban un alquiler, narrativa que coincide plenamente con lo manifestado por la demandada en el interrogatorio de parte sobre la ausencia de contrato laboral.

Por ende, el hecho de manifestar la demandada en el interrogatorio de parte que el producido diario del montallantas se dividía 50% para los propietarios del inmueble y el 50% restante para los montallantas, no revela la existencia de subordinación o que este porcentaje correspondiera al pago por una actividad de la cual se beneficiara la señora Gladys María Castillo Santos; para la Sala la división de porcentaje simplemente expone la forma como las partes acordaron una manera de pago por la utilización del inmueble de propiedad de la demandada.

Fluye de lo expuesto, que no le asiste razón al apelante en sus argumentos, en la medida que si bien los testigos traídos por la parte demandante manifestaron que desde su conocimiento el actor era trabajador del Monta Llantas “La Quinta”, se demostró, por parte del demandado, que los servicios que este prestaba se dieron en virtud de un acuerdo comercial y no con naturaleza laboral, circunstancia que no podían ser conocida por los testigos de la activa, pues desconocían cómo funcionaba el monta llantas, conocimiento que sí lo tuvo el testigo ALFONSO BASTIDAS, a partir de cuyo relato fue posible a la parte demandada desmontar plenamente la presunción en favor de la parte actora.

Teniendo en cuenta que toda decisión judicial debe estar debidamente fundada a través de la inescindible relación entre los elementos fácticos con el material probatorio que genere la suficiente persuasión de credibilidad para que se configuren y resulten aplicables los presupuestos normativos que persigue el actor; en el presente caso, se encuentra que le asistió razón al juez de instancia, cuando encontró que si bien está demostrado el servicio prestado por SAMUEL CARRILLO, esta presunción fue desvirtuada a partir del testimonio de ALFONSO BASTIDAS que expuso la ausencia de subordinación y como realmente funcionaba el monta llantas donde laboraba el actor.

Significa lo anterior, que la parte demandada cumplió con la carga probatoria de que trata el artículo 167 del C.G.P. y en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada que absolvió a la demandada de las pretensiones. Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la parte actora, fijando como agencias en derecho medio salario mínimo legal vigente.

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 2 de octubre 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 el equivalente a medio salario mínimo 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. 068, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de junio de 2021.



Secretario



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

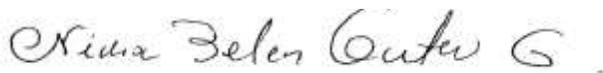
Cúcuta, veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO	FUERO SINDICAL
RAD. ÚNICO	54-001-31-05-001-2021-00078-00
P.T.	19359
DEMANDANTE	WILSON TORRES HERNANDEZ y OTRO
DEMANDADO	ECOPETROL -CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA HIDROCARBUROS

**MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÈN QUINTERO GELVES**

Dado que por error se identificó la providencia a estudiar como sentencia en lugar de auto como realmente correspondía, conforme al artículo 286 del C.G.P. se dispone corregir el auto que antecede, en el sentido de admitir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada Cenit Transporte y Logística-Hidrocarburos contra el auto que resuelve las excepciones previas proferido por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña de fecha veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021), dentro de la presente Acción Especial de Fuero Sindical

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de junio 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:

4248e8a2fd4f8ae155ca8a153c3c65c975e1685af237cb4cb0284434c3068395

Documento generado en 28/06/2021 03:59:00 PM

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



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

Veintiocho (28) de Junio de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2015-00335-03
RADICADO INTERNO:	19.137
DEMANDANTE:	NOHEMÍ GUERRERO ORTÍZ
DEMANDADO:	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PROGRESEMOS SALUD Y RECURSOS HUMANOS PRODUCTIVOS.
LLAMADOS EN GARANTÍA:	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, SURAMERICANA DE SEGUROS Y PREVISORA S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NOHEMÍ GUERRERO ORTÍZ contra E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2015-00335-00, y Radicación interna N° 19.137 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, respecto de la Sentencia del 4 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora NOHEMÍ GUERRERO ORTIZ, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ, solicitando lo siguiente:

- Que se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad entre 2009 y 2011, terminado unilateralmente y sin justa causa por parte de la empresa usuaria y se ordene su reintegro a un cargo de igual o superior categoría cancelando los salarios, emolumentos no salariales y prestaciones dejados de percibir, así como las cotizaciones a seguridad social.

- Que se ordene el pago de los emolumentos no cancelados pero que corresponden a los empleados de planta que cumplieron las mismas funciones, arrojando una diferencia salarial de \$450.000, de prima de servicio y vacaciones por \$225.000 y dotación por \$1.150.000. Así mismo, por los salarios y factores pagados de forma incompleta mientras se prestó el servicio por prima de vacaciones, bonificación de servicios y prima de alimentación; diferencias por cotizaciones de seguridad social, por cesantías e intereses, aportes parafiscales a caja de compensación, devolución de dineros por retención en la fuente, sanción moratoria por no consignar las cesantías completas, perjuicios morales por 100 salarios mínimos, indemnización por despido sin justa causa, sanción del artículo 2 del Decreto 797 de 1949, intereses moratorios e indexación.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que prestó servicios como auxiliar de lavandería en la E.S.E. demandada, desde 2009 a 2011 cuando le fue terminado el contrato de manera unilateral y sin justa causa, tiempo durante el cual fue vinculada mediante las Cooperativas de Trabajo Asociado PROGRESEMOS SALUD y RH PRODUCTIVO de manera ininterrumpida por 3 años.
- Que su salario siempre estuvo por debajo del monto que devenga el personal de planta de la Institución usuaria, pese a cumplir las mismas funciones que los operarios de lavandería de planta y con mayor carga, inclusive trabajo suplementario. Que siempre cumplió con los horarios, funciones y órdenes de sus jefes inmediatos y superiores, que eran el gerente y directivos de la E.S.E.

La demandada E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERAMOS MEOZ, contesto lo siguiente:

- Se opuso a las pretensiones por carecer de fundamento jurídico, señalando, que la actora no tuvo relación laboral alguna que amerite el reconocimiento de salarios y prestaciones legales o convencionales, al haberse vinculado a través de las C.T.A. PROGRESEMOS y RH PRODUCTIVO.
- Agrega, que tampoco se le puede imputar responsabilidad solidaria dado que para su caso como contratista solo opera en casos de insolvencia y no debe confundirse con la solidaridad laboral. Propone como excepciones la inexistencia de solidaridad y cobro de lo no debido, compensación y prescripción. Realiza solicitud de llamamiento en garantía a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, SEGUROS LA PREVISORA, COMPAÑÍA DE SEGUROS SURAMERICANA y se vincule al litisconsorcio a PROGRESEMOS y RH PRODUCTIVO.

En auto del 7 de septiembre de 2015 se acepta la solicitud de vincular a las Cooperativas de trabajo asociado y las aseguradoras; no obstante, en auto del 16 de septiembre de 2015 se deja sin efecto esto último alegando que la figura de llamamiento en garantía no procedía en el proceso laboral, lo cual fue finalmente revocado en segunda instancia y en audiencia del 29 de

octubre de 2018 ordenó la vinculación de las aseguradoras como llamadas en garantía para que se hicieran parte conforme a los términos y coberturas de las pólizas respectivas.

Mediante auto del 31 de agosto de 2016, se designó curador ad litem a las Cooperativas ante la imposibilidad de notificarlas personalmente; posesionándose como representante de ambas la Dra. ELIZABETH ZARATE DE CLAVIJO, quien se atiene a lo que se demuestre en el curso del proceso.

ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA contestó al llamamiento señalando:

- Que se opone, dado que no se reúnen los presupuestos para que se declare responsable al HOSPITAL ERASMO MEOZ de las pretensiones alegadas.
- Propone como excepciones la CARENCIA DE RESPONSABILIDAD E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR, alegando que la vinculación mediante cooperativas se ajustó a los parámetros legales.

PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS, señaló:

- Que los hechos de la demanda son extraños a la relación contractual emanada de las pólizas No. 1005003 y 1012399 contratadas por PROGRESEMOS C.T.A. Propone como excepciones PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD DE LA E.S.E., Genérica y coadyuva las propuestas por la demandada.

SURAMERICANA S.A. contestó:

- Que no le constan los hechos aludidos, y se opone a las pretensiones por INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA, dado que no se evidencia la configuración de una relación laboral por indebida vinculación con RH PRODUCTIVO. Propone también la PRESCRIPCIÓN y COMPENSACIÓN.

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 y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, respecto de la Sentencia del 4 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: Declarar que entre la señora NOHEMI GUERRERO ORTIZ, como trabajadora oficial y la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Erasmo Meoz, existió un contrato de trabajo en la realidad.

SEGUNDO: Absolver al Hospital Universitario Erasmo Meoz, de las demás pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: Remitir en consulta.

CUARTO: *CONDENAR EN COSTAS a la parte 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 determinar si entre NOHEMÍ GUERRERO ORTIZ y la demandada E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ existió un contrato de trabajo en la realidad pese a su vinculación mediante Cooperativas de Trabajo Asociado, y si en virtud de ello, hay lugar a ordenar condenas prestaciones sobre los derechos laborales reclamados; así como al cubrimiento de las llamadas en garantía.

- Expone, que según la regulación laboral, se pueden generar relaciones de vinculación directa e indirecta, esta última mediante intermediarios donde es dicho tercero, quien suscribe el contrato de trabajo con el actor para que preste servicios a un usuario y entre las modalidades para llevar a cabo estas, se encuentran las Cooperativas de Trabajo Asociado como la alegada, para el caso concreto y que se reglamentaron en la Ley 79 de 1988 y 1233 de 2008 con sus decretos reglamentarios.

- Recuerda, que como parte de sus deberes, las Cooperativas tienen una serie de requisitos de funcionamiento como el establecer un régimen de compensación acorde al trabajo prestado por sus miembros. Reglas de trabajo y seguridad social propias y ajenas al del contrato laboral, como es el capacitar a sus gestores en la naturaleza y funcionamiento del cooperativismo, de manera que propenda por el fortalecimiento de los trabajadores como sector solidario, teniendo como prohibido actuar como empresas de intermediación laboral. Intervención de la empresa usuaria en el ejercicio de la subordinación o actuar como empresas gestoras de vinculación colectiva a seguridad social. De manera que, vulnerando estos preceptos, realmente se encuentra el contratante o usuario como empleador con responsabilidad solidaria de las intermediarias.

- En el caso concreto, está evidenciada la relación civil contractual entre la E.S.E. HUEM con las dos cooperativas vinculadas con los contratos vistos a folios 172, 213, 232, 255, 320 y 333; de donde se desprenden diversos contratos y en los cuales, la demandada concedió el 27 de febrero de 2009 a PROGRESEMOS, el componente operativo para procesos de apoyo en las salas de mantenimiento, nutrición, farmacia, patología, quirófanos, entre otros. Dándose el 2 de enero de 2010 procesos de alimentación, lavandería y SIAU para 2009 y uno más amplio cubriendo otras áreas adicionales el 5 de febrero de 2010. Lo que pasó en octubre de 2010 a RH PRODUCTIVO hasta diciembre de 2011.

- Bajo estas contrataciones fue vinculada la actora; sin embargo, determinó que no existe prueba documental alguna de la vinculación de la demandante mediante estas cooperativas y si bien así fue planteada la demanda, no es posible verificar que los servicios prestados a la demandada fueran como asociada de esas cooperativas. No obstante, las pruebas recepcionadas permiten establecer que hubo subordinación directa entre la actora y la E.S.E., dado que recibía órdenes de su personal de planta ULISES RAMÍREZ y JOSÉ LUIS MORA, corroborado por el jefe de recursos humanos de la época, quienes daban instrucciones y órdenes en el área de mantenimiento y lavandería, organizaban los turnos como se desprende de

los testimonios recepcionados, quienes conocieron directamente la prestación de servicios de la actora.

- Agregó, que las Cooperativas no eran autónomas en el proceso contratado, fue la maquinaria, insumos y demás elementos necesarios para su actividad, los cuales fueron otorgados por la E.S.E., y si bien se alegó, que se entregaron mediante comodato precario, se evidenció que su uso era compartido por personal de ambas entidades. Así mismo, el declarante MARCO ANTONIO NAVARRO afirmó que el HOSPITAL era quien proveía además los elementos de lavado mediante contratos con terceros y por lo tanto no era un proceso productivo debidamente tercerizado. De manera que, aun cuando se acepte la vinculación mediante las Cooperativas, no fue ejecutado debidamente y se corroboró que su verdadero empleador era el Hospital, por lo que se declarará la existencia del contrato de trabajo.

- Sobre las condenas, señala que previo a esa verificación para liquidar se requiere la certeza de los extremos temporales y el salario base, pero en el proceso no existe prueba alguna sobre los primeros pues en la demanda no se identifican sino los años y con esa generalidad no es posible acceder a las pretensiones, como refiere la sentencia rad. 36.549 de la Corte Suprema de Justicia; no cumpliendo la parte demandante con la carga de acreditar debidamente los extremos temporales que hubieran permitido las condenas y se hace innecesario resolver sobre las llamadas en garantía.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada

El apoderado de la demandada E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ interpuso recurso de apelación señalando lo siguiente:

- No está conforme con la decisión de los apoderados demandantes, como en este caso, de no interponer recursos de apelación pese a estar presente en la audiencia y someterse al Grado Jurisdiccional de Consulta.

- Sobre la declaratoria de contrato realidad entre las partes, señala, que esto se desvirtúa con base a 3 puntos: que se está aplicando retrospectivamente la norma laboral, pues para los años 2009 a 2011 se promovió legislativamente y por parte del Ejecutivo la implementación de las Cooperativas de Trabajo Asociado para el desarrollo de actividades misionales y de carácter permanente, teniendo en cuenta que desde la transformación de los hospitales con las E.S.E. se les puso a competir con las clínicas privadas sin ingresar dineros o subsidios del Estado sino que debe ganar con su prestación de servicios a diferencia de las entidades estatales, por lo que desde el año 2000 se les habilitó a contratar externamente y desmontar empleos que hasta entonces eran públicos, en actividades misionales y permanentes conforme a la ley 79 de 1989 - art. 3° y C-211 de 2000, siendo un instrumento apegado a la norma y promocionado por la actividad estatal.

- Conforme el andamiaje normativo, para la época señalada, la demandada estaba facultada debidamente para contratar aparatos productivos con las Cooperativas y no existe prohibición para que el servicio público de seguridad social en salud, pueda ser efectuado con intermediarios del sistema cooperativo y así lo ha resuelto el Consejo de Estado y diferentes

conceptos de la Superintendencia Nacional de Salud; siendo solo hasta finales de 2011 que se prohibió acudir a esta clase de contratación para servicios misionales pero nunca se ha prohibido para los servicios no misionales, como la vigilancia, aseo y lavandería, tal y como se acreditó.

•Advierte, que los testigos no lograron desmontar que la Cooperativa fue una de las más grandes en el país y tuvo en su momento hasta 3000 asociados, señalando los testigos que los sistemas, cooperación y control de turno estaban en su cabeza y nunca fue sancionada por su modo de funcionamiento, que fue creada por COMFANORTE con la finalidad de cumplir su objetivo y exige que se pronuncie sobre estos argumentos, aplicados con estudio estricto sobre las E.S.E., no existiendo a la fecha una sola sentencia en contra por la contratación con PROGRESEMOS C.T.A. y en todo caso debe revisarse la respectiva prescripción.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a la trabajadora demandante, 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 demandante, señala que concuerda con la declaración de contrato realidad del *a quo*, dado que se trata de una decisión acorde con la jurisprudencia constitucional, el artículo 53 superior y el decreto 2127 de 1945, dado que a las E.S.E., solo les está permitido operar a través de terceros cuando se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas tareas o funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requiera conocimiento especializados, debiendo verificarse en cada caso la viabilidad de contratar a través de intermediarios y en este caso quedó demostrado que las labores de la actora eran permanentes en la entidad, acudiéndose indebidamente al vínculo con cooperativas.

Sobre las condenas denegadas, señala que ante la existencia del contrato surge la facultad de reclamar por derechos económicos, pues en el curso de la relación se dejaron de cancelar todas las retribuciones del empleado oficial y se dejaron de aportar los documentos correspondientes por la demandada, por la imposibilidad física de presentarse las cooperativas sin que se ejercieran los poderes oficiosos para que se aportaran esos documentos. Mostrándose en todo caso inconforme con la condena en costas a su cargo de primera instancia, pues se accedió al contrato realidad.

•PARTE DEMANDADA:

El apoderado del HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ señala que la declaración de contrato realidad no tuvo en cuenta la base normativa, legal,

jurisprudencial y los conceptos emitidos por entidades públicas citados en la contestación, que imponen un trato diferenciado a las empresas sociales del estado. Que el recurso de apelación expone un andamiaje normativo que demuestra el debido uso de las figuras contractuales vigentes para la época y avalados por el departamento de función pública, no siendo dable aplicar retroactivamente los cambios normativos sobre prohibición de acudir a cooperativas para relaciones anteriores a su vigencia. Por lo anterior, estima que deben replicarse estos fundamentos y proceder a revocar lo resuelto por el *a quo* y que debe rechazarse el grado de consulta ante la decisión del apoderado del actor, pese a estar presente, de no interponer recursos pues la sentencia no fue completamente adversa a sus pretensiones. Que en todo caso no están plenamente demostrados los extremos temporales y debe revisarse la procedencia de la prescripción.

• LLAMADOS EN GARANTÍA:

El apoderado de PREVISORA S.A., refiere que pasaron más de 3 años entre la relación alegada con PROGRESEMOS SALUD CTA y la presentación de la demanda, por lo que cualquier reclamo está prescrito. Que al no existir vínculo laboral entre las partes no está llamado a responder, y en todo caso las actividades desplegadas no eran propias de su objeto por lo que no hay solidaridad entre el Hospital y las Cooperativas, siendo ajeno a la póliza el cubrimiento de salarios y prestaciones imputables a la E.S.E.

El apoderado de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, señaló que pese a la existencia del contrato declarado, no se evidenciaron los extremos y sin esto no hay lugar a las pretensiones, por lo que el demandante debió probar esto además de la prestación de servicios para beneficiarse plenamente de la presunción. Que en caso de condena solicita se determine la afectación de alguna de las pólizas de seguro expedidas dentro de sus respectivos límites, términos, deducibles y condiciones acordadas.

El apoderado de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., expone que la demandante no cumplió su carga de probar la fecha de inicio y culminación de labores, situación que impide el reconocimiento y liquidación de sus prestaciones económicas laborales, por lo que la sentencia debe ser confirmada. Advierte sobre la ausencia de cobertura de la póliza de seguro, en el caso de una eventual condena por incumplimiento de obligaciones laborales debido a que el amparo de pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales tiene como fin proteger las pérdidas patrimoniales que se le generen al HOSPITAL ERASMO MEOZ como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales en que incurra el contratista RH PRODUCTIVO COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO respecto de sus trabajadores y en caso de declarar el contrato, el incumplimiento sería del Hospital y no la Cooperativa como contratista. Sin perjuicio que cualquier cubrimiento ordenado debe limitarse a los márgenes de la póliza.

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. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER:

Los propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Si las diferentes vinculaciones que la demandante NOHEMÍ GUERRERO ORTÍZ expuso haber tenido para desarrollar labores como auxiliar de lavandería en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ de Cúcuta, mediante cooperativas de trabajo asociado, sirvieron para desconocer la existencia de un contrato realidad entre las partes?

¿En caso de que se declare la existencia del contrato realidad, se debe determinar si la actora tiene derecho a que la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO le cancele las acreencias laborales pretendidas?

8. CONSIDERACIONES:

Conforme a lo señalado en los problemas jurídicos, el eje central del litigio radica en determinar, primero si las diferentes vinculaciones que la demandante NOHEMÍ GUERRERO ORTÍZ expuso haber tenido para desarrollar labores como auxiliar de lavandería en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ de Cúcuta, mediante cooperativas de trabajo asociado, sirvieron para desconocer la existencia de un contrato realidad entre las partes y como segundo, si como consecuencia de esta declaración, deben cancelarse las acreencias laborales pretendidas por la actora.

En el presente asunto, el juez a quo, encontró que, si bien estaba demostrada la prestación de servicios de la actora en favor de la demandada, no se aportó prueba suficiente para verificar que realmente fuera a través de Cooperativas de Trabajo Asociado y tampoco, se demostraron los extremos temporales en que se ejecutó dicha actividad, para proceder con la liquidación de las pretensiones elevadas.

Conclusión a la que se opone la parte demandada, al esgrimir que no se configuró ninguna relación laboral entre las partes, y que el modelo de cooperativas desplegado se ajustó a las normas aplicables a la época y no procedía siquiera lo declarado en favor de la demandante.

Así mismo, procede la Sala a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta, en favor de la parte demandante conforme al artículo 69 del C.P.T.Y.S.S. al resultar adversa la sentencia de primera instancia a las pretensiones de la trabajadora. Sobre el correcto entendimiento de esta norma, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL10791 de 2020 ha reiterado el siguiente precepto:

“Esta Sala de la Corte, en providencia CSJ STL2560-2020, que rememoró lo expuesto en la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 41130, destacó los siguientes apartes en lo tocante con el grado jurisdiccional de consulta, así:

Importa a la Corte precisar, en razón de su función de uniformadora de la jurisprudencia nacional en las materias del derecho del trabajo y de seguridad social, que cuando el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social refiere la procedencia del grado jurisdiccional de consulta respecto de las sentencias de primera

instancia que fueren “totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario”, **no es dable entenderse como tales, aquellas que simplemente declaran la existencia de una relación laboral** que no ha sido en manera alguna desconocida por quienes la conforman, o **cuya mera declaración no reviste importancia alguna para el reconocimiento de los derechos perseguidos judicialmente por el trabajador, afiliado o beneficiario**, como aquí ocurrió, pues, por aquella debe entenderse es la que, teniendo carácter definitivo, resuelve de fondo los reales temas del litigio de forma tal que nada de lo que así hubiere sido pedido resulte concedido, con la consiguiente imposibilidad de proponer su discusión en un nuevo proceso judicial pues ello habrá de constituir cosa juzgada y, por supuesto, cuando la relación jurídica que permite reclamar ciertos derechos laborales no es asunto de la controversia que se plantea a través del litigio, o habiéndose incluido por mera formalidad de la demanda no reviste mayor trascendencia para las pretensiones que en verdad constituyen el ‘*thema decidendum*’ del proceso, su sólo reconocimiento judicial no satisface la exigencia legal que le permita a la sentencia ser eximida del control de constitucionalidad y legalidad que entraña el grado jurisdiccional llamado ‘*consulta*’.”

Por lo anterior, si bien hubo una declaración favorable a la demandante por parte del *juez a quo*, al no verse representada en el reconocimiento de derechos prestacionales se entiende subsumida en una sentencia susceptible de revisarse por el Grado Jurisdiccional de Consulta; no siendo de recibo el señalamiento del apoderado de la entidad demandada, sobre que los demandantes se aprovechan de esta figura para no interponer recurso de apelación, dado que precisamente se trata de una institución creada por el legislador en desarrollo del principio protector derivado del artículo 53 de la Constitución Política.

Al respecto, en Sentencia C-424 de 2015 se señaló que “...*la consulta es una figura que busca garantizar los derechos de la parte vencida en pleito, en este caso, la más débil de la relación contractual, razón por la cual, en el caso laboral se centra en la defensa de los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador*”; por lo que apearse a dicha figura para perseguir una revisión integral de la segunda instancia no puede entenderse como abuso del derecho, en la forma planteada por el apelante.

Aclarado lo precedente, también es necesario revisar sobre la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral para resolver este asunto. Por tratarse de una controversia derivada de la aplicación del principio de la primacía de la realidad, y atendiendo a que la demandada es una entidad de naturaleza pública, se tiene que la demandante afirmó haber desempeñado en el cargo de auxiliar de lavandería, realizando funciones relacionadas con los servicios generales.

Conforme a la regulación de las empresas sociales del estado (artículo 194 y 195 de la ley 100 de 1993, artículo 26 de la ley 100 de 1990), es trabajador oficial quien desempeña cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales; al respecto, en providencia SL1553 de 2021 se reitera que en proveído del 29 de junio de 2011 (Rad. 36.668) se dictó que “*Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las*

propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa” y ello se explica en que estas labores son *“aquellas actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades”*. Por lo anterior, se parte de la posibilidad de que la actora por ejercer labores en lavandería sea trabajadora oficial y active la competencia para pronunciarse de fondo sobre este asunto por parte de esta jurisdicción.

Entonces, conforme al artículo 1 del Decreto 2127 de 1945, 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. Para que se predique la existencia de un contrato de trabajo debe existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario; lo anterior conforme a las voces del artículo 2 *ibidem*.

Por su parte, el artículo 20 de esta norma, subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990, enseña que *“El contrato de trabajos se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción”*, presunción que admite prueba en contrario y que se complementa con el artículo 3° del decreto que señala que una vez reunidos los 3 elementos el contrato de trabajo no deja de serlo por el nombre, condiciones o modalidades dadas.

Complementando esta teoría, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-20683 de 6 de diciembre de 2017, radicación No. 56.313, en lo referente al principio de la primacía de la realidad y la presunción en favor del trabajador, reitera lo ya expuesto y concreta, que quien se abroga la calidad de trabajador debe demostrar al menos dos aspectos: la prestación personal del servicio y los extremos temporales en que afirma haberlo desarrollado, con los elementos de juicio suficientes para convencer al juez y al tiempo permitir que el demandado tenga información suficiente para ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción, siendo a partir de estas reglas que el juez debe aplicar las respectivas consecuencias jurídicas a la parte que omite su deber procesal.

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

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

observada por las partes...”, lo cual guarda consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Bajo este marco normativo y jurisprudencial, en los elementos probatorios que ambas partes aportaron al proceso se encuentran:

- Reclamación administrativa elevada el 21 de julio de 2014 por el apoderado de la actora al Gerente de la E.S.E. HUEM.
- Certificado del 3 de agosto de 2015 expedido por el líder de Talento Humano de la E.S.E HUEM, informando que no reposa documentación que vincule laboral o contractualmente a la señora NOHEMÍ GUERRERO. (Fol. 73)
- Certificados de existencia y representación legal de las Cooperativas RH PRODUCTIVO C.T.A. y PROGRESEMOS SERVICIOS C.T.A. (EN LIQUIDACIÓN). (Fol. 74-81)
- Autos del 24 y 28 de abril de 2015 del Ministerio del Trabajo archivando investigación preliminar contra la E.S.E. HUEM, por presunta elusión en pago de aportes e intermediación laboral. (Fol. 140-148)
- Comprobantes de egreso cancelando a RECURSOS HUMANO PRODUCTIVO C.T.A. servicios prestados por contratos de componente operativo de subprocesos de apoyo administrativo. (Fol. 149-171)
- Contrato de prestación de servicios No. 023 del 27 de febrero de 2009 suscrito entre la E.S.E. HUEM y PROGRESEMOS SALUD C.T.A., para la contratación externa del componente operativo para desarrollar procesos en las áreas de mantenimiento, nutrición, farmacia, SIAU-Recepción, rehabilitación, patología, quirófanos e implementación y puesta en marcha de UNIDOSIS por 10 meses del 1 de marzo hasta el 31 de diciembre de 2009, incluyendo entre sus obligaciones suministrar 3 turnos de lavandería, con las respectivas pólizas de seguro y los informes de supervisión mensual del contrato. (Fol. 172-212)
- Contrato de prestación de servicios No. 003 del 2 de enero de 2010 suscrito entre la E.S.E. HUEM y PROGRESEMOS SERVICIOS C.T.A., para la contratación externa del componente operativo para desarrollar los procesos de apoyo a las áreas de: alimentación, lavandería y SIAU por 1 mes del 1 al 31 de enero de 2010, con las respectivas pólizas y certificados. Ampliado el 29 de enero de 2010 por 4 días más. (Fol. 213-231). Informes de supervisión vistos a folios 282-285.
- Contrato de prestación de servicios No. 077 del 5 de febrero de 2010 suscrito entre la E.S.E. HUEM y PROGRESEMOS SERVICIOS C.T.A., para la contratación de desarrollo de los procesos de apoyo a las áreas de: mantenimiento, recepción, almacén, alimentación, lavandería, SIAU, sistemas, comunicación social y mercadeo, servicios profesionales-técnico-auxiliares administrativos, ingeniería ambiental, depuración contable y de cartera, desarrollo organizacional y humano, contratación jurídica y mantenimiento y actualización de las edificaciones principales y anexas por 5 meses y 27 días, con las respectivas pólizas, ampliado el 28 de julio de 2010 por dos meses y 15 días y nuevamente el 13 de octubre de 2010 hasta el 18 de octubre. (Fol. 214-254). Informes de supervisión vistos a folios 286-305.
- Contrato de prestación de servicios No. 173 del 19 de octubre de 2010 suscrito entre la E.S.E. HUEM y PROGRESEMOS SERVICIOS C.T.A., para la contratación de desarrollo de los componentes operativos de subprocesos de apoyo administrativo a las áreas de: mantenimiento,

- mensajería, recepción, almacén, alimentación, lavandería, SIAU, sistemas y telecomunicaciones, comunicación social, prensa y mercadeo, servicios profesionales – técnicos y auxiliares administrativos, ingeniería ambiental, depuración contable y recuperación – depuración de cartera, desarrollo organizacional y humano, contratación jurídica y mantenimiento y actualización de edificaciones principales y anexas por 12 días, con sus respectivas pólizas. (Fol. 255-269). Informes de supervisión vistos a folios 306-307.
- Contrato de prestación de servicios No. 179 del 29 de octubre de 2010 suscrito entre la E.S.E. HUEM y PROGRESEMOS SERVICIOS C.T.A., para la contratación de desarrollo de los componentes operativos de subprocesos de apoyo administrativo a las áreas de: mantenimiento, mensajería, recepción, almacén, alimentación, lavandería, SIAU, sistemas y telecomunicaciones, comunicación social, prensa y mercadeo, servicios profesionales – técnicos y auxiliares administrativos, ingeniería ambiental, depuración contable y recuperación – depuración de cartera, desarrollo organizacional y humano, contratación jurídica y mantenimiento y actualización de edificaciones principales y anexas por 2 meses del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2010, con adición del 30 de diciembre de 2010 por 5 días más y sus respectivas pólizas. (Fol. 270-281). Informes de supervisión vistos a folios 308-313.
 - Contrato de prestación de servicios No. 029 del 6 de enero de 2011 suscrito entre la E.S.E. HUEM y PROGRESEMOS SERVICIOS C.T.A., para la contratación de desarrollo de los componentes operativos de subprocesos de apoyo administrativo a las áreas de: mantenimiento, mensajería, recepción, almacén, alimentación, lavandería, SIAU, sistemas y telecomunicaciones, comunicación social, prensa y mercadeo, servicios profesionales – técnicos y auxiliares administrativos, ingeniería ambiental, depuración contable y recuperación – depuración de cartera, desarrollo organizacional y humano, contratación jurídica y mantenimiento y actualización de edificaciones principales y anexas por 22 días desde el 6 de enero de 2011, con adición del 26 de enero de 2011 por 11 días y del 7 de febrero de 2011 hasta el 11 de febrero y sus respectivas pólizas. (Fol. 314-332)
 - Contrato de prestación de servicios No. 088 del 11 de febrero de 2011 suscrito entre la E.S.E. HUEM y RH PRODUCTIVO C.T.A., para la contratación de desarrollo de los componentes operativos de subprocesos de apoyo administrativo a las áreas de: mantenimiento, mensajería, recepción, almacén, alimentación, lavandería, SIAU, sistemas y telecomunicaciones, comunicación social, prensa y mercadeo, servicios profesionales – técnicos y auxiliares administrativos, ingeniería ambiental, depuración contable y recuperación – depuración de cartera, desarrollo organizacional y humano, contratación jurídica y mantenimiento y actualización de edificaciones principales y anexas por 10 meses y 19 días. (Fol. 333-340), con sus respectivos informes de supervisión vistos a folios 348-371.
 - Contrato de comodato precario entre la E.S.E. HUEM y RH PRODUCTIVO C.T.A. accesorio al contrato de prestación de servicios No. 088 de 2011. (Fol. 341-343)
 - Testimonio rendido por OSCAR DE JESÚS HERNÁNDEZ VÁSQUEZ, quien manifestó conocer a la actora cuando trabajaban en el Hospital Erasmo Meoz, donde ella le pidió arreglar una máquina porque él era

oficial de mantenimiento y ella era auxiliar de lavandería. Señala que él trabajó 3 años de 2009 a 2011-2012. Sobre los períodos de la actora afirma que cree que ella entró en 2009, pero aclara que no lo recuerda con seguridad y no sabe bien cuando se retiró, primero señala que ella se retiró primero más o menos en octubre pero que no sabe bien y luego dice que ella se retiró unos meses después. Afirma que la actora recibía órdenes de ULICES RAMÍREZ (coordinador de lavandería) y del Ingeniero JOSÉ LUIS MORA, respecto del manejo de las máquinas de lavado de las sábanas y tendidos, siendo ellos funcionarios de planta del hospital, que incluso impartían órdenes de trabajar en fines de semana. Que las labores de la actora eran en el interior del hospital, en los horarios señalados, se identificaban con huellero al entrar y salir, usaba los equipos propiedad del Hospital. Afirma que recibían un salario mínimo más auxilio de transporte, y que trabajaban junto a personal de planta ejerciendo iguales labores. Al ser requerido aclaró que su lugar de trabajo era casi a 3 metros de la demandante, teniendo contacto cuando se requerían reparar las máquinas de lavandería. Que ambos eran vinculados a través de las Cooperativas PROGRESEMOS y RH PRODUCTIVO.

- Testimonio rendido por BELINDA MERCEDES BARRIOS quien manifestó no recordar a la señora NOHEMÍ GUERRERO y en su momento fue gerente de PROGRESEMOS desde 2008 siendo actualmente liquidadora, adelantando los procesos de contratación con el HOSPITAL. Que según los registros se evidencia que la actora aparece como gestora, prestando servicios en el hospital, cree que durante 2009 y 2010 como auxiliar de lavandería, a través de los procesos que se contrataban donde se ganaba una licitación y se armaba un aparato operativo incluyendo un comodato precario sobre las herramientas, de manera que la cooperativa era la poseedora de los mismos. Que para los asociados existía un coordinador que se encargaba de la distribución de turnos, tareas y órdenes, cree recordar que era GERMÁN ROMERO, negando que hubiera personal de planta del Hospital dando órdenes, pero no tiene claridad si lo presencié personalmente, haciendo visitas una o dos veces al mes. Explica el funcionamiento de la Cooperativa y que seguramente la actora tuvo plenos beneficios derivados de su asociación, funcionando esta conforme a los modelos y reglamentos aprobados para la empresa de economía solidaria, que igualmente recibe las capacitaciones respectivas.
- Testimonio rendido por DAVES SAIR RONDON MONCADA quien señaló que conoció a la actora en el área de lavandería, cuando trabajó en la Clínica Universitaria entonces adscrita al Hospital, donde laboró desde 2006-2007 y se retiró en 2011. Sobre Nohemí Guerrero cree recordar que laboró entre 2009 y 2010, siendo sus labores la lavandería, colgar las sábanas e instalarlas en todos los pisos del hospital. Afirma que laboró con ella mientras él era operario de maquinaria, estando presente en el mismo espacio y compartiendo turnos. Sobre las órdenes afirma que las daba ULISES RAMÍREZ, quien era el coordinador de lavandería y dictaba las órdenes (lavar, secar, tender, recoger, surtir, etc.). Afirma que estuvo vinculado mediante PROGRESEMOS, como la actora. Sobre las máquinas afirma que los reemplazos de partes eran ordenados y pagados por el hospital, y el material químico también lo suministraba el Hospital mediante un contrato con la empresa MAXILIM. Que se ingresaba siendo anotado por el vigilante, pero tiempo después colocaron un huellero donde se registraban todos los

de planta y cooperativa indicando allí quien los vinculaba. No tiene conocimiento directo del manejo de turnos de lavandería. Que en lavandería también laboraba personal de planta del hospital, quienes recibían más de dos salarios, bonos, auxilios y mayor retribución en general. Explica que si bien él laboraba en la Clínica, usualmente tenían que usar la lavandería de allí por los continuos daños en la máquina del Hospital y también le pedían que fuera allí a prestar servicios; que con la señora NOHEMÍ tranzó una buena relación de compañeros, incluso se acompañaban para retirar seguramente el sueldo.

- Testimonio rendido por MARCO ANTONIO NAVARRO PALACIOS, líder de talento humano del HUEM, afirma que no conoce de vista a la demandante y usualmente no tiene contacto con personas vinculadas mediante cooperativa, pero tiene conocimiento que prestó servicio allí la actora como asociada. Afirma que ULISES RAMÍREZ es un auxiliar de servicios generales de la planta de personal, manejando la lavadora, secadora, doblando ropa, repartiendo la ropa, entre otras similares y JOSÉ LUIS MORA ha sido líder de recursos físicos de planta como empleado de carrera administrativa, superior del señor RAMÍREZ, siendo su facultad la coordinación de los servicios generales. Señala que estos no debían dar órdenes a la actora, porque ella al ser trabajadora asociada de Cooperativa debía recibir órdenes de esa entidad, aclara que ULISES apoyaba a la supervisión y control de toda la lavandería, pero no directamente pues debía comunicarse con el supervisor de la Cooperativa que entonces era GERMAN ROMERO, quien recibía las directrices para repartir a los asociados, sobre procesos y procedimientos, así como adquirir y suministrar los elementos, dotación y salarios. Que los turnos no cubiertos por la insuficiencia del personal de planta era el cubierto con las cooperativas, quien proveía bajo su propia autonomía al personal. Que los equipos industriales de lavandería son del Hospital, pero con las cooperativas se suscribían contratos de comodato precarios para su uso y manejo, aclarando que estos son servicios no misionales al no relacionarse de manera directa con la atención al paciente. Aclara que en el curso del año 2011 se prohibió en sector salud el manejo dado mediante cooperativas de trabajo asociado y entonces se fueron terminando las vinculaciones que se mantenían.

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”* y concluyen que las decisiones se deben fundamentar en los *“elementos probatorios que le merezcan mayor persuasión y credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico”*

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, el juez a quo concluyó, que estaba acreditada la prestación de servicios directamente al HOSPITAL en ausencia de prueba documental que

certificara vinculación mediante Cooperativas, pero que en todo caso no se demostraron los extremos temporales para imponer una eventual condena. No obstante, esta Sala considera en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, que estas conclusiones no se acompañan con un adecuado ejercicio de revisión del acervo probatorio y que más allá de la ausencia de pruebas documentales que ratifiquen la vinculación de la actora mediante Cooperativas para ratificar extremos, los testimonios recepcionados son ampliamente suficientes para acreditarlos, por ser de conocimiento directo sobre las situaciones debatidas.

En reciente pronunciamiento, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1664 de 2021 señaló que *“de antaño ha adoctrinado esta Sala, en torno a que en los asuntos, en donde se discute la existencia de un contrato de trabajo, el deber del juez no se contrae a observar solamente la forma; es menester auscultar todo el acervo probatorio, para llegar a la verdad real y encontrar, de ser el caso, el contrato realidad, en oposición a un contrato formal, tal y como lo establece el artículo 53 de la Constitución Política, en donde se dispone en forma concreta que impera «la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales», sin que por el solo hecho alegarse una vinculación a través de un contrato de otra naturaleza, y se exhiba el mismo, desvirtúe la presunción de la existencia de la relación laboral”*.

Ante ello, se advierte que está acreditado documentalmente que la demandada E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ contrató con La Cooperativa PROGRESEMOS diferentes procesos operativos, incluyendo la lavandería, desde el 1 de marzo de 2009 hasta el 11 de febrero de 2011, siendo desde el día siguiente contratado con R.H. PRODUCTIVO. Igualmente, tanto los testigos de cargo como los de descargo, coincidieron en señalar que la señora NOHEMÍ GUERRERO prestó servicios como auxiliar de lavandería en las instalaciones de la E.S.E. HUEM.

Ahora, aunque efectivamente no existe un solo elemento documental que evidencie la relación que la señora NOHEMÍ GUERRERO DÍAZ afirmó tener desde la demanda con PROGRESEMOS y RH PRODUCTIVO para los servicios que prestó en el HOSPITAL ERAMOS MEOZ; la testigo BELINDA BARRIOS, como Gerente de la C.T.A. PROGRESEMOS desde 2007, afirmó que consultada su base de datos podía dar fe de la calidad de gestora asociada de la actora entre 2009 y 2010. Fechas que coinciden con los contratos que ejecutó dicha Cooperativa con el Hospital, y comprenden también los períodos someramente reseñados por los otros testigos. El señor OSCAR HERNÁNDEZ afirmó que la actora ingresó en el año 2009, aunque no dio certeza de su año de retiro y el señor DAVES RONDON refirió también los años 2009 y 2010, coincidiendo ambos en que la actora y ellos estuvieron vinculados mediante la Cooperativa PROGRESEMOS.

Sobre la credibilidad de los testigos OSCAR HERNÁNDEZ y DAVES RONDÓN, cuestionada durante la práctica de la prueba por el apoderado del Hospital por estimar que no podían tener conocimiento directo al ubicarse en zonas diferentes a donde trabajaba la actora; debe decirse que sus manifestaciones se evidencian espontáneas, propias de los recuerdos que cualquiera puede tener sobre antiguos compañeros de trabajo a tal nivel que incluso manifestaron desconocer exactamente las fechas y no fueron exageradamente favorables a quien los convocó. El señor HERNÁNDEZ evidenció tener relación directa con la labor de la actora por ser encargado de la reparación

de las máquinas que esta usaba y el señor RONDÓN, pese a enunciar que su lugar de trabajo era diferente y algo separado, indicó que se apoyaban en tareas continuamente y en todo caso siempre mantuvo una buena relación personal con la actora y hasta se acompañaban a retirar dinero por seguridad, de lo que se desprende cierta cercanía tanto laboral como personal que le permitía conocer directamente los hechos relatados.

En esa medida, estima la Sala, que pese a la ausencia de documento que ratifique la vinculación de la actora, al tratarse de una situación susceptible de ser valorada por cualquier medio de prueba y no requerir prueba *ad substantiam actus*, está suficientemente acreditado mediante el informe de la gerente de PROGRESEMOS y ratificado por los otros testigos, que la señora NOHEMÍ GUERRERO prestó servicios a la E.S.E. HUEM mediante dicha Cooperativa; agregando a ello, la aceptación de la demandada sobre que cualquier vinculación que tuviera la actora por haber prestado sus servicios en las instalaciones del hospital, se dio mediante las cooperativas. No existe, en cambio, prueba alguna que permita relacionar a la actora con RH PRODUCTIVO.

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 encuentra que contrario a lo concluido por el juez, de las declaraciones testimoniales de cargo y descargo se desprenden dos parámetros claros para identificar los extremos temporales: en primer lugar, coinciden en señalar como tiempo de servicios los años 2009 y 2010; como segundo punto, la gerente de PROGRESEMOS señala que fue durante estos años y en el curso de los contratos suscritos con el HOSPITAL. De esta manera, teniendo en cuenta que estos transcurrieron del 23 de febrero de 2009 hasta el 11 de febrero de 2011; es posible señalar que la actora debió haber prestado servicios en el curso de esta contratación en los períodos anuales 2009 y 2010. No existiendo unanimidad sobre su permanencia en el año 2011, ni prueba alguna de que hubiera estado vinculada con La Cooperativa RH PRODUCTIVO que ganó la contratación desde el 11 de febrero de 2011. Por lo que, mediante una valoración integral del material probatorio, se puede extraer como extremo inicial el 23 de febrero de 2009 y final el 31 de diciembre de 2010.

Aclarado este aspecto, y demostrado que la actora prestó servicios para la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ mediante una

cooperativa de trabajo asociado, la demandada debía cumplir con la carga de evidenciar que la actividad de tercerización mediante un contratista cumplió con los parámetros legales y para ello se procederá a analizar tanto en grado de consulta como respecto de los reparos expresos del apelante dirigidos a este aspecto.

Las Cooperativas de Trabajo Asociado son empresas solidarias, en las que los asociados desarrollan personalmente las actividades propias de su objeto social, a fin de atender las obligaciones comerciales de las cooperativas con sus clientes, en los ámbitos de la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios, según sea el caso, generando trabajo permanente. El desarrollo de las actividades debe hacerse de manera autogestionaria, buscando un ingreso digno y justo en beneficio de los asociados (artículo 1, Decreto 468 /90).

Legalmente las cooperativas están reglamentadas por la Ley 79 de 1988, la cual contempla los aspectos básicos que deben regir el cooperativismo; señalando el artículo 4° que es cooperativa *“la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”*.

Las cooperativas de trabajo asociado, deben ejecutar su objeto contractual con elementos de su propiedad, autonomía administrativa y responsabilidad en la realización de las labores; conforme a los artículos 5 y 6 del Decreto 468 de 1990; en donde se dispone que *“Las cooperativas de trabajo asociado deberán ser propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios materiales de labor o de los derechos que proporcionen fuentes de trabajo o de los productos del trabajo”* y que *“La cooperativa de trabajo asociado deberá organizar directamente las actividades de trabajo de sus asociados con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización, características estas que deberán también prevalecer cuando se conviene o contrata la ejecución de un trabajo total o parcial en favor de otras cooperativas o terceros en general”*.

En el sub judice, se observa que el objeto social de PROGRESEMOS SALUD C.T.A. es el de *“generar y mantener puestos de trabajo para sus asociados en forma autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, mediante el desarrollo de procesos y subprocesos de salud”* y su actividad económica es *“desarrollar actividades relacionadas con la prestación de servicios de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad”*; sin embargo, no se aportaron documentos que permitieran verificar los estatutos, régimen de compensaciones y régimen de trabajo asociado o los acuerdos cooperativos donde consten las actividades y cargos en que pueden desempeñarse sus asociados con su respectiva compensación.

Específicamente en este caso, como se explicó previamente, está demostrado que PROGRESEMOS C.T.A. en ejercicio de su objeto ofertó para prestar sus servicios en forma autogestionaria a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ y contrató diferentes servicios de operaciones no misionales, entre esos el de lavandería. Si bien se afirmó que como parte de este proceso se suscribieron contratos de comodato precario sobre las máquinas de

lavandería, este no fue aportado pues solo obra el suscrito con RH PRODUCTIVO.

Igualmente, los testigos referenciaron que las actividades eran totalmente controladas por personal de planta del HOSPITAL y se refirieron específicamente a ULISES RAMÍREZ como coordinador de la zona de lavandería y el señor JOSÉ LUIS MORA como superior de este; ratificando el líder de talento humano de la demandada que estos dos sujetos eran empleados de planta de la entidad y que esas eran sus funciones. Fueron creíbles las manifestaciones de los testigos OSCAR HERNÁNDEZ y DAVES RONDÓN sobre que dichos funcionarios de planta distribuían las tareas y coordinaban las mismas, dado que eran realizadas conjuntamente entre personal de las cooperativas y del Hospital, lo que también fue confirmado por el testigo de descargo.

Ahora, los testigos BELINDA BARRIOS y MARCOS NAVARRO señalaron que esta labor de coordinación se realizaba con la intermediación de GERMAN ROMERO, a quien señalan como el asociado cooperado que dirigía a los demás; sin embargo, ninguna prueba adicional respalda que efectivamente este señor desplegara sus labores con incidencia en el área de lavandería y que la subordinación jurídica de NOHEMÍ GUERRERO fuera con su intermediación.

Fluye de lo anterior que, sobre la prestación de servicios de NOHEMÍ GUERRERO, no está plenamente acreditado que la relación entre la E.S.E. HUEM y PROGRESEMOS C.T.A. se efectuara a través del sistema de autogobierno, ni que a la cooperativa se le hiciera entrega de la tenencia de las instalaciones y muebles necesarios para dicha ejecución, con autonomía administrativa y tampoco que ejecutara su objeto social con plena autonomía, dado que se evidenció la existencia de influencia en la dirección de labores de la actora por parte de personal del Hospital y no hubo suficientes pruebas por la parte demandada, sobre el adecuado ejercicio de los contratos con la cooperativa.

Respecto de los argumentos del apelante, debe indicarse que la Sala no cuestiona la legalidad con que cuentan los contratos con cooperativas de trabajo asociado; incluso existen decisiones previas donde se ha absuelto de las pretensiones convalidando un adecuado ejercicio de estos modelos, como en sentencia del 26 de junio de 2019 (Rad. 54001310500420140016201 – Partida 17.141). Pero en esos casos, las demandadas aportaron suficientes pruebas documentales y testimoniales que permitieron verificar el sistema de autogobierno cooperativo para la ejecución de un aparato de producción contratado, sin intervención indebida del contratante que permitiera romper el límite de subordinación que genera la declaratoria del contrato de trabajo, como sucede en este caso. De manera que, cada caso se estudia de manera individual según el material probatorio que fue regular y oportunamente allegado, para decidir si la actividad con cooperativas se ejecutó debidamente, como señala la Corte en providencia SL885 de 2019 al señalar que es necesario estudiar que en estos contratos las actividades no generen “*un desbordamiento del rol de coordinación de la labor de los asociados o del de supervisión de los servicios contratados*”.

Teniendo en cuenta que toda decisión judicial debe estar debidamente fundada a través de la inescindible relación entre los elementos fácticos con el material probatorio que genere la suficiente persuasión de credibilidad para

que se configuren y resulten aplicables los presupuestos normativos que persigue el actor; en el presente caso se encuentra que está demostrado que la señora NOHEMÍ GUERRERO DÍAZ demostró haber prestado servicios en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ mediante una indebida intermediación de PROGRESEMOS SERVICIOS C.T.A., lo cual no pudo ser desvirtuado debidamente por la demandada.

En consecuencia, se modificará el numeral primero de la sentencia de primera instancia y en su lugar se declarará la existencia de un contrato entre NOHEMÍ GUERRERO DÍAZ como trabajadora y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ como empleadora entre el 23 de febrero de 2009 y final el 31 de diciembre de 2010, no siendo de recibo los argumentos de la apelante.

Conforme a lo anterior, se procederá a analizar la procedencia de las condenas prestacionales solicitadas, previo a lo que se requiere analizar la configuración de la excepción de prescripción propuesta por la demandada; para lo cual se recuerda que conforme a los artículos 488 y 489 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.Y.S.S., los derechos laborales prescriben en 3 años con la posibilidad de interrumpir y reiniciar este término con el simple reclamo escrito del trabajador al empleador. Según lo demostrado, el actor elevó reclamación administrativa ante la E.S.E. apenas el día 21 de julio de 2014; es decir, 3 años, 6 meses y 21 días después de finalizada la relación.

Lo que significa que la reclamación fue posterior a la configuración del término de prescripción; sin embargo, para resolver correctamente las pretensiones deben analizarse de manera individual para establecer si se causaron los derechos reclamados y si efectivamente están afectados o son susceptibles de prescripción. Pues la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica y reiterada, ha indicado que previo a abordar el estudio del medio exceptivo de prescripción, es indispensable abordar primero si existe el derecho reclamado pues *“solo puede prescribir lo que en un tiempo tuvo vida jurídica”* y para ello la providencia SL1245 de 2009, reitera el criterio expuesto desde sentencia en rad. 28.701 del 1 de agosto de 2006 que expuso: *“basta 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”*.

1. Terminación unilateral sin justa causa

Se solicita en la demanda que se declare que el contrato de trabajo finalizó de manera unilateral y sin justa causa para acceder a un reintegro en el mismo cargo o uno superior, ordenando el pago de los emolumentos salariales dejados de percibir. Sin embargo, la parte demandante no acreditó el hecho simple del despido para determinar que la relación fue finalizada por el alegado empleador y tampoco alega una situación jurídica que genere la consecuencia jurídica de reintegro, como sería una estabilidad laboral reforzada o una norma extralegal o convencional que consagre esta posibilidad. En consecuencia, se negará esta pretensión contenida en el numeral 1 y 2 de las solicitudes declarativas y numeral 10 de las condenatorias, vistas a folios 45 y 48.

2. Reajuste salarial y prestacional

La parte actora reclama que se realicen las cotizaciones por seguridad social y los pagos por salarios, cesantías, intereses a cesantías, aportes a parafiscales, prima de servicios, vacaciones y dotaciones, por la totalidad del valor que hubiera correspondido como personal de planta, incluyendo los factores salariales y no salariales que representaron una disminución indebida del monto real que debió percibir; es decir, reclama que se subsanen las condiciones de desigualdad salarial derivados de la indebida vinculación.

Sobre esta pretensión, el artículo 25 de la Constitución Política establece como un derecho fundamental que *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”*; de lo cual, para el ejercicio de un trabajo justo se deriva la obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo, observando elementos objetivos y no consideraciones caprichosas o arbitrarias.

Por lo anterior, es lógico entender que quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración, toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta.

Ahora bien, no toda desigualdad salarial entre sujetos que ostentan las mismas características constituye una vulneración de la Constitución, pues un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio y, en esta medida, es reprochado cuando no obedece a causas objetivas y/o razonables; por ende para acreditar la vulneración del principio *“a trabajo igual, salario igual”*, primero debe estarse ante dos (2) o más sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente.

Sobre este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL6570 del 6 de mayo de 2015, Rad. 45.894 y M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO estimó que *“para dar aplicación al principio de a trabajo igual salario igual, es deber de la parte actora demostrar que el trabajo desempeñado lo fue en igualdad de «condiciones de eficiencia, responsabilidad, intensidad y calidad de trabajo», lo que en este caso se traducía en la carga de acreditar que el trabajo que el demandante ejecutó fue de igual valor al que desarrolló”* el trabajador a quien se compara.

De lo que se permite concluir que para la prosperidad de la pretensión que reclama salario igual a trabajo igual, el demandante tiene la carga de la prueba respecto de acreditar que la labor que desempeñó es equiparable en toda condición y por ende no es aceptable una retribución menor.

Dando mayor claridad, la Jurisprudencia citada anteriormente estableció que: *“para la aplicación del principio de igualdad salarial o retributiva, no es suficiente que un trabajador desempeñe, formalmente el mismo cargo de otro, puesto que, de cara a la regulación legal de la materia (art. 143 C.S.T.), lo relevante a la hora de determinar si dos trabajadores realizan un trabajo de igual valor, es que ambos desempeñen el mismo puesto, en la misma jornada y con las mismas condiciones de eficiencia”*

Interpretación que refuerza la carga procesal que tiene la parte demandante para acreditar con los elementos materiales probatorios suficientes, que no solo ejercía un puesto equivalente al que considera injustamente retribuido, sino que su desempeño, ejecución, responsabilidad y demás condiciones eran equiparables.

Para el caso concreto no se logró acreditar en manera alguna la remuneración específica que percibía la actora, las compensaciones que recibía como cooperada asociada y el valor por el que le cotizaban sus aportes y si bien se enunció la existencia de cargos de planta equivalentes como auxiliar de lavandería, no se demostró concretamente que hubiera un cargo con funciones, responsabilidades, trabajo y requerimientos semejantes al empleo desempeñado, ni la remuneración para verificar si existieron diferencias.

De esta manera el incumplimiento de la carga probatoria de la demandante impide proceder con la comparación y por ello, se absolverá por estas pretensiones contenidas en los numerales 1 al 6 de condenas entre folios 45 a 47.

3. Devolución de dineros por retención en la fuente

La parte actora solicita que se ordene la devolución de los conceptos que se le descontaron indebidamente alegando retención en la fuente; sin embargo, no se probó en manera alguna que dichos descuentos existieron y en todo caso, señala la Corte Suprema de Justicia en providencia SL4189 de 2020 que *“la devolución de la retención en la fuente, por tratarse de un asunto de índole tributaria, no le compete pronunciarse a la Corte, pues esta deberá pedirse a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”*. Por esto, se negará la pretensión número 7 de las solicitudes de condena, vista a folio 47.

4. Sanciones moratorias

Se solicitó en la demanda condena por la no consignación oportuna de las cesantías completas, de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; sin embargo, la Sala de Casación Laboral desde providencia SL705 de 2013 ha indicado que la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación oportuna de cesantías sólo se aplica a los trabajadores particulares.

De otra parte, solicitó la del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 modificado por el Decreto 797 de 1949, en virtud de la cual se causa un día de salario por cada día de retardo si tras los 90 días siguientes al despido o retiro del trabajador, no se han cancelado todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden. Sin embargo, en los términos anteriormente expuestos, no se evidenció la existencia de prestaciones adeudadas a la terminación y por lo tanto no se causa el supuesto de hecho que activa esta norma.

Por lo anterior, se absolverá también por las pretensiones contenidas en los numerales 8 y 11 de las solicitudes de condena vistas a folios 47 y 48.

5. Perjuicios morales

Señala el numeral 9 de las pretensiones condenatorias que debe ordenarse el pago de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de

perjuicios morales causados con la terminación de la relación; al respecto de esta clase de peticiones, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL457 de 2021 reiteró el siguiente criterio de providencia SL1715 de 2014:

“Para la Sala, al discurrir de esa manera, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos que se le imputan porque, en primer lugar, es claro que la obligación de indemnizar perjuicios morales en materia laboral no se contrae exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo, ya que, como lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia, acudiendo a principios generales del derecho, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen. Aparte de ello, en el Código Sustantivo del Trabajo hay normas de las que se desprende que, al lado de la extinción del vínculo jurídico, existen otros hechos que pueden dar origen a un daño moral que debe ser indemnizado. Tal el caso del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

*Así pues, se tiene que en excepcionales eventos, el trabajador pueda reclamar la indemnización de perjuicios inmateriales que se le causen, **a condición de que se encuentre debidamente acreditado que el despido realizado de manera injusta y arbitraria** trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales de su vida tanto en lo íntimo, como en lo familiar o social.”*

Siguiendo estos parámetros jurisprudenciales, al no demostrarse el despido injusto no procede esta condena.

En consecuencia, no se demostró que se hubiere causado alguno de los derechos reclamados en la demanda para evaluar si se causó la prescripción; por ello, se confirmará el numeral segundo de la sentencia en consulta y apelada que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, pero no por las razones expuestas por el juez *a quo* sino conforme a la individualización que antecede.

Por lo anterior, se **CONDENA** en costas de segunda instancia a la parte demandada al no prosperar el recurso interpuesto. Fijense como agencias en derecho de segunda instancia a favor del demandante la suma de \$350.000.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la Sentencia del 4 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en el sentido de declarar la existencia de un contrato entre NOHEMÍ GUERRERO DÍAZ como trabajadora y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ como empleadora entre el 23 de febrero de 2009 y final el 31 de diciembre de 2010.

SEGUNDO: CONFIRMAR el numeral segundo de la sentencia en consulta y apelada que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, pero por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada al no prosperar el recurso interpuesto. Fijense como agencias en derecho de segunda instancia a favor del demandante la suma de \$350.000.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belén Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

José Andrés Serrano M.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Elver Naranjo

ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de junio de 2021.

[Firma]

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2017-00527-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19034
JUZGADO: SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE
CÚCUTA
DEMANDANTES: WILSON CARRILLO
ACCIONADO: CERÁMICA ANDINA, LTDA.
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO- ESTABILIDAD
LABORAL REFORZADA

San José de Cúcuta, veintiocho (28) de junio dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 05 de agosto de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-002-2017-00527-00 y P.T. No. 19034 promovido el señor WILSON CARRILLO contra CERÁMICA ANDINA, LTDA.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante, por intermedio de apoderado judicial pretende que se declare que (i) fue despedido unilateralmente, sin justa causa y sin permiso del Ministerio del Trabajo, encontrándose en un estado de debilidad manifiesta por sus patologías de origen laboral y en consecuencia se condene a CERÁMICA ANDINA a realizar el reintegro y reubicación laboral sin solución de continuidad, al pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes al SSSI dejados de percibir desde el despido y hasta que sea reintegrado, al pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, del auxilio escolar, de los años 2015 a 2017, a la indemnización plena de perjuicios, la del artículo 65 CST y la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la falta de consignación de las cesantías de los años 2013 a 2016 y la indexación de las sumas.

II. HECHOS

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

1. Indicó que el día 03 de febrero de 1990 suscribió con la empresa CERÁMICA ANDINA, LTDA. un contrato de trabajo para desempeñar el cargo de operario de cargue de horno, con un salario promedio de \$937.535.
2. Que el 15 de mayo de 2013 sufrió un accidente de trabajo cuando se encontraba trasladando material curdo al horno con la carreta, sintiendo un fuerte dolor en la espalda.
3. Que sufrió otro accidente de trabajo el 22 de julio de 2014 cuando al empujar un carro con material.
4. Que su médico laboral realizó recomendaciones laborales el día 17 de marzo de 2016, siendo calificado con una PCL del 13% por parte de la ARL POSITIVA.
5. Que la demandada hizo caso omiso de las recomendaciones médico laborales, y no realizó la reubicación ordenada.
6. Que la empresa inició proceso de reestructuración en el año 2004, y la Superintendencia de Sociedades de Santander, mediante auto N°400-017951 del 28 de noviembre de 2016 se decretó la apertura del proceso de liquidación.
7. Que el 23 de enero de 2017 fue despedido sin justa causa, estando con orden de reubicación, enfermo y en tratamiento de sus enfermedades.
8. Que la empresa le adeuda las cesantías de los años 2014 a 2016.
9. Que la empresa no cumplió lo pactado en el laudo arbitral con relación al auxilio escolar, ya que para los años 2015, 2016 y 2017 su menor hijo JLCP se encontraba curando básica secundaria.
10. Que 15 días después de ser despedido, la empresa le hace entrega de la liquidación en papel por un valor de \$12.408.667, sin tener en cuenta la indemnización por despido en estado de debilidad manifiesta del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ni aquella por no consignación de las cesantías, ni por los perjuicios causados por la no reubicación.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

La empresa CERÁMICA ANDINA, LTDA EN LIQUIDACIÓN, representada en juicio por Curador Ad Litem, indicó que se atiene a lo que resulte probado en juicio.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha 05 de agosto de 2020 resolvió **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la empresa demandada, desde el 03 de febrero de 1990 y hasta el 23 de enero de 2017, el cual terminó por decisión unilateral, objetiva y justa de la entidad, por lo que la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra.

Para resolver lo anterior, argumentó que con respecto a las solicitudes relacionadas con la estabilidad laboral reforzada alegada por el actor, si bien es cierto que este se encontraba en condición de discapacidad al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, dicha terminación se fundamentó en una decisión objetiva como es la contemplada en el numeral 5 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.

En lo que corresponde a la procedencia de las indemnizaciones moratorias pedidas, indicó que la absolución parte que de conformidad con las pruebas que se evidencian en el expediente, no fue posible corroborar una mala fe de la entidad demandada en la falta de consignación de cesantías al fondo correspondiente en favor del demandante para los años 2012 y siguientes, ni una decisión arbitraria y caprichosa para el no pago de la liquidación de prestaciones sociales al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, pues esto se fundamenta en la situación económica que padeció la empresa y que conlleva un proceso de reorganización empresarial inicialmente y luego a la liquidación judicial de la misma.

Por último y con relación al auxilio escolar pretendido, el mismo no fue reconocido, como quiera que no se allegó prueba del depósito del acuerdo colectivo o laudo arbitral acercado sobre el cual se pretende emanar el derecho al pago de dicho auxilio

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no se encuentra de acuerdo con la declaración del despido justificado y por ende, aquella de no otorgar la reubicación laboral y la indemnización establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997; lo anterior, dado que si bien es cierto el señor Wilson no posee una limitación moderada, también lo es que la empresa tenía conocimiento de las patologías que padecía y la disminución física del trabajador, situación que se realizó a lo largo de los años a través de las recomendaciones médico-laborales dadas por sus médicos tratantes y que eran de conocimiento de la empresa Cerámica Andina Limitada hoy en liquidación; que esto también fue probado a través de los testimonios rendidos por los compañeros de trabajo del demandante,

así como a través de las pruebas documentales allegadas dentro del libelo de la demanda.

Indicó que se pudo demostrar que el despido se realizó con base a que el demandante tenía una disminución física, por lo que la empresa si debió solicitar el permiso al Ministerio De Trabajo, pero en este caso el accionado prefirió escudarse en un proceso de liquidación a sabiendas de la situación de salud de su trabajador, porque sabía que través de este proceso de liquidación no mediaba ninguna autorización del Ministerio del Trabajo.

Precisó que a través de los testimonios rendidos por los compañeros de trabajo del señor Wilson se pudo demostrar que hasta el último día de funcionamiento de la empresa estos trabajadores fueron obligados a trabajar, por lo cual no se encontró de acuerdo con lo resuelto al no acceder a sus pretensiones favorablemente.

Alegó que en lo referente a la indemnización por el no pago de la liquidación a tiempo, el A quo manifestó que en el libelo de la demanda se adjuntó una prueba del pago de esta liquidación, lo cual es erróneo; que sí ingresó ese documento en el acápite de pruebas, pero no significa que fue cancelado, simplemente este documento fue otorgado a cada uno de los trabajadores en el momento en el que se les indicó que fueron despedidos de acuerdo al trámite que se inició del proceso de liquidación, pero hasta la fecha no se ha realizado el pago de esta liquidación.

Con referencia a la indemnización por el no pago de las cesantías al fondo correspondiente, se evidencia la mala fe de la empresa, porque si bien es cierto la empresa inició un proceso de restructuración y posterior liquidación, esto lo hizo para evadir precisamente el pago de estas obligaciones laborales, estas acreencias.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

- 1. PARTE DEMANDANTE.** En sus alegaciones finales, la parte manifestó que el A quo aduce que no procede el reintegro laboral del señor ESTEBAN VERGEL, debido que el despido es una causal objetiva, realizando una apreciación errónea para la defensa del demandante, ya que puede que sea la causal objetiva legal, pero no es justa, esto es porque al trabajador ESTEBAN VERGEL, no se le podía despedir sin el permiso del MINISTERIO DEL TRABAJO, debido a su estabilidad laboral reforzada adquirida por sus patologías de origen laboral y con una perdida de capacidad laboral calificada con un 16.85%, visto a folio 32-34 del expediente y desconocida por el a quo.

Indicó que el señor ESTEBAN VERGEL, se encontraba en estado de debilidad manifiesta al padecer BURSITIS SUBACROMIO SUBDELTOIDEA Y TENDINITIS DEL BICEPS Y DEL SUPRAESPINOZO, TRASTORNO DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES NO ESPECIFICADO, EPICONDILITIS, calificado por la junta nacional de calificación el 19 de diciembre de 2014, con una pérdida de capacidad laboral de 16.85%. por lo cual es preciso la aplicación del artículo 26 de la ley 361 de 1997, para ordenar el reintegro solicitado en la demanda, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales adeudados durante la relación laboral, hasta la liquidación total de la empresa CERAMICA ANDINA LTDA EN LIQUIDACION.

Con respecto a la buena fe de la pasiva en sus actuaciones, precisó que la mala fe de la empresa CERAMICA ANDINA LTDA EN LIQUIDACIÓN, fue demostrada con el hecho de que esta no solicitó el permiso respectivo al MINISTERIO DE TRABAJO, para poder realizar el despido del trabajador, tal y como lo establece la ley, incluso el mismo en el numeral 33° del auto de liquidación N° 400-017951 del 28 de noviembre de 2016, emitido por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Surtida la etapa para el efecto, sin que sin que la pasiva ejerciera su derecho a presentar alegaciones finales, se procede a resolver el recurso de apelación, con fundamento en las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

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

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si el señor WILSON CARRILLO, al momento de terminación de su contrato de trabajo por parte de su empleadora, la sociedad CERÁMICA ANDINA, LTDA. EN LIQUIDACIÓN, gozaba de la protección especial de estabilidad laboral reforzada en virtud de su deteriorado estado de salud y se dan las condiciones para establecer que su despido se dio con ocasión de su patología y por tanto es procedente, conforme se solicita, la declaratoria de ineficacia de tal despido y el reintegro a su cargo, junto con el pago de las acreencias laborales e indemnizaciones que esto genera; así mismo se analizará si es acreedor el trabajador de las indemnizaciones contempladas en el artículo 65 del CST y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Aclara la Sala que no existe discusión en esta instancia acerca de la existencia de un contrato de trabajo entre el señor WILSON CARRILLO y

CERÁMICA ANDINA, LTDA., entre el 03 de febrero de 1990 y el 23 de enero de 2017, fecha en que el mismo terminó por decisión unilateral de la empresa, lo cual fue declarado por el A quo en su sentencia y no fue motivo de reproche por alguna de las partes.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

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

La normatividad reseñada (Ley 361 de 1997, artículo 26), consagra el principio de la estabilidad laboral reforzada para las personas con limitación física, en virtud del cual estas no pueden ser despedidas por razones de su limitación, salvo que la terminación del contrato sea autorizada por el Ministerio del Trabajo; y a su vez, integra la sanción a la que tiene derecho el trabajador, cuando el empleador haya obviado la aludida autorización.

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

Ahora bien, sobre el correcto entendimiento del art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Radicado No. 32532 expedida el 15 de Julio de 2008 con Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, fijó como parámetro de decisión que esa ley ampara a *“las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5”* por lo que ***“aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo”*** y adoptando como precedentes los parámetros contenidos en decretos reglamentarios de dicha ley, recuerda que *“la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%.”* Concluyendo que *“la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, **todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada”**.*

Se desprende de lo expuesto, que el trabajador que busque protección en virtud de la estabilidad laboral reforzada, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe aportar una prueba que lo califique como limitado físico, en los términos del artículo 5° arriba mencionado. En tanto, el fuero de estabilidad laboral, opera únicamente cuando el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral mayor al 15%, y que el empleador conozca tal situación y termine la relación laboral por esta causa, sin la respectiva autorización del Ministerio de la Protección Social.

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

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

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

CASO CONCRETO

Revisando el acervo probatorio aportado a los autos, especialmente la historia clínica allegada, surge evidente que durante el desarrollo de su contrato de trabajo y más específicamente en el momento de la terminación del mismo el día 23 de enero de 2017, el actor sufría de dolencias en su región lumbar, con un diagnóstico de TRASTORNO DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES, habiendo sido calificado por la ARL POSITIVA mediante dictamen N°1069834 con una PCL del 13% estructurada el 20 de enero de 2017, concluyéndose, que el señor Wilson Carrillo, no es considerado como un sujeto de especial protección y no es acreedor de la estabilidad laboral reforzada que aquí se reclama, dado que no demostró tener el grado mínimo exigido por la jurisprudencia previamente citada, para el efecto.

Sin embargo, y en gracia de discusión, en caso de que el actor hubiera probado ser acreedor de la protección especial alegada, es claro que tiene lugar un traslado de la carga de la prueba, ahora en cabeza de la atacada en

juicio, quien debe demostrar que la terminación del contrato laboral con el trabajador protegido no se dio en virtud de las patologías por él sufridas, sino que su fulminación lo fue con ocasión de una causa justa y objetiva, obligación probatoria esta que fue debidamente observada por CERÁMICA ANDINA, en tanto logró desvirtuar este nexo causal entre la terminación contractual y el estado de salud del señor CARRILLO, demostrando que la circunstancia que dio origen al mentado finiquito fue el proceso de liquidación judicial en que se vio inmersa la empresa, decretada mediante auto de fecha 28 de noviembre de 2016 proferido por la Superintendencia de Sociedades-Intendencia Regional Bucaramanga, situación que se encuentra contemplada en el literal e) del artículo 61 del CST como una justa causa objetiva para la terminación del contrato.

Además de lo anterior, el numeral 5° del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, establece que en virtud de la apertura de un proceso de liquidación judicial tendrá lugar “La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna quedando sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelaciones que les correspondan.”

Así las cosas, forzoso resulta concluir que, a pesar de que el actor se encontrara en condición de discapacidad al momento de la terminación de su contrato de trabajo por parte de la pasiva, lo cual no fue probado en este caso, dicha terminación habría estado fundamentada en una decisión objetiva como es la contemplada en el numeral 5 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006; y es que la garantía reforzada creada para trabajadores que vean disminuida su capacidad laboral no impide, por sí sola, que a una persona en esta situación se le extinga su contrato de trabajo o que el mismo deba mantenerse de manera indefinida; el propósito de esta protección es evitar que la patología sufrida sea la razón de su finiquito laboral y que por tanto, se permita un comportamiento que a todas luces sea discriminatorio por parte de los empleadores.

En virtud de lo anterior, considera la Sala que las pretensiones encaminadas a obtener las consecuencias jurídicas establecidas en la Ley 361 de 1997, esto es el reintegro laboral, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, así como la indemnización correspondiente al pago de 180 días de salario, no están llamadas a prosperar, debiéndose CONFIRMAR la sentencia atacada en este sentido.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA- ARTÍCULO 65 CST

Se solicitó en la demanda que ante el retraso en el pago de salarios y la liquidación definitiva de prestaciones con la terminación del contrato se condenara al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., a lo que no accedió el juez *a quo* al estimar que de conformidad con las pruebas que se evidencian en el expediente, no fue posible corroborar una mala fe de la

entidad demandada en la falta de pago de la liquidación de prestaciones sociales al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, pues esto se fundamenta en la situación económica que padeció la empresa y que conlleva un proceso de reorganización empresarial inicialmente y luego a la liquidación judicial de la misma.

Como ha sido largamente determinado por este Tribunal, teniendo como fundamento lo reglado por la HCSJ en sentencias como la SL3123-2020, la aplicación de la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato, no se impone de manera automática, sino que debe proceder, si es del caso, luego de un exhaustivo análisis de la conducta del empleador frente a tal menoscabo de los derechos del trabajador, análisis este que tiene como foco central, la conducta del incumplido, con el fin de determinar si estuvo o no revestida de buena fe, para lo cual no cuenta el juez de conocimiento, con reglas objetivas.

En cuanto a las situaciones en las que el empleador se encuentre inmerso en una crisis económica que lo lleve incluso a requerir el trámite de reestructuración o incluso de liquidación, dicha situación de insolvencia no se considera como un eximente de responsabilidad de un empleador frente al cumplimiento de las acreencias laborales de un trabajador, debiéndose examinar en cada caso particular si estuvo presente o no el elemento de buena fe en el actuar del empleador. Al respecto, la HCSJ explicó lo siguiente en su sentencia con Rad 7393 de 1993, citadas en las providencias con Rad. 34778 de 2010 y 37288 de 2012:

«Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del

desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)...»

Así mismo, el órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha establecido que la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, y, en el caso de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el instante en el que legalmente se debe consignar la cesantía en un fondo. Siendo claro que la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores y diferentes de la conducta desplegada por el deudor en el momento en que tenía que pagar. (Ver SL, 24 enero 2012, rad. 37288; SL 1º agosto 2012, rad. 40972 y SL485-2013).

Aplicado con la anterior al caso que hoy nos ocupa, es claro que los argumentos del recurrente no resultan plausibles para revocar la decisión del Juez de primera instancia, en el entendido que, debe hacerse notorio que la relación laboral se dio por terminada el día 23 de enero de 2017, entre tanto, el auto N°400-017951 que decretó la apertura del proceso de liquidación judicial fue proferido el 28 de noviembre de 2016, es decir, con anterioridad a la finalización del vínculo laboral, momento en que se debían cancelar las prestaciones y salarios debidos, so pena de la aplicación de la indemnización aquí pretendida.

Es por esto que, si bien es posible afirmar que la situación de insolvencia de una empresa no se considera por sí solo como un eximente de responsabilidad de un empleador frente al cubrimiento de las acreencias laborales de un trabajador, sí es importante tener en cuenta que las decisiones empresariales de la demandada a partir del 28 de noviembre de 2016, se condicionaron luego de que la Superintendencia de Sociedades decretara la apertura de su liquidación judicial.

En ese sentido, debe advertir la Sala que, a partir de esa fecha no se puede mantener la afirmación de que exista una intención defraudatoria del empleador en el impago de las prestaciones al trabajador que permita dar continuidad a la moratoria luego de dicha calenda; pues sus actuaciones a partir del 28 de noviembre de 2016 estuvieron condicionadas por la liquidación de la empresa.

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

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

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

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

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

Por lo anterior, procederá esta Sala a CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 5 de agosto de 2020 en cuanto absolvió la pasiva del pago de la indemnización contenida en el artículo 65 del CST.

SANCIÓN MORATORIA- ARTÍCULO 99 LEY 50 DE 1990

Ahora bien, con respecto a la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo correspondiente, es claro para esta Sala que la misma es procedente en este caso por cuanto si bien la empresa se encontraba atravesando por dificultades económicas, como ya se indicó, la apertura del proceso liquidatorio, se dio a partir del día 28 de noviembre del año 2016, de tal suerte que dicha circunstancia no exonera al empleador del pago de las sanciones causadas con anterioridad a dicha liquidación, como

es el caso de su omisión en consignar las cesantías correspondientes a los años 2013, 2014 y 2015 en los términos previstos en el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, pues en situaciones en que una sociedad haya iniciado un proceso de reorganización contemplado en la Ley 550 de 1999, se ha establecido que esa sola circunstancia no significa que el empleador pueda exonerarse de manera automática de la mora causada por incumplimiento de sus obligaciones labores.

Y es que si bien no desconoce la Sala que la iliquidez o crisis económica de un empleador, afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, también es cierto que no debe perderse de vista que a las luces del artículo 28 del CST, éstos no asumen los riesgos o pérdidas del empleador, siendo que además, los créditos de naturaleza laboral son de primera clase y tienen prelación sobre todos los demás, como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990.

Así las cosas, y en virtud a que dentro del plenario no se allegó prueba de la consignación de las cesantías del actor al fondo creado para tal efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, se **REVOCARÁ** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada y en su lugar se **CONDENARÁ** a la empresa CERÁMICA ANDINA, LTDA. al pago de la sanción por no consignación de las cesantías causadas en los años 2013, 2014 y 2015, la cual se calculará teniendo como salario base las sumas que se consignaron a folio 57 del expediente como valores debidos por concepto de cesantías, los cuales sirven como indicativos de lo devengado por el actor en cada año calendario, sin que se haya aportado al proceso prueba de un salario diferente, adeudándose entonces las siguientes sumas de dinero por dicho concepto:

Periodo debido	salario mensual	Periodo de mora	Días de mora	Salario diario	Total
2013	\$ 685.174	15 febrero 2014 a 14 febrero 2015	360	\$ 22.839	\$ 8.222.088
2014	\$ 764.056	15 febrero 2015 a 14 febrero 2016	360	\$ 25.469	\$ 9.168.672
2015	\$ 795.571	15 febrero 2016 a 28 de noviembre 2016	328	\$ 26.519	\$ 8.698.243
				Total	\$ 26.089.003

Se aclara que esta sanción se liquida únicamente hasta el 28 de noviembre de 2016, fecha en el que como se explicó en líneas anteriores, la empresa demandada cedió su capacidad de tomar decisiones para ajustarse a las disposiciones legales establecidas para el proceso de liquidación judicial.

Se **CONFIRMARÁ** en todo lo demás la sentencia apelada y no se condenará en costas en esta instancia por cuanto las resultas del recurso desatado fueron favorables para el apelante.

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

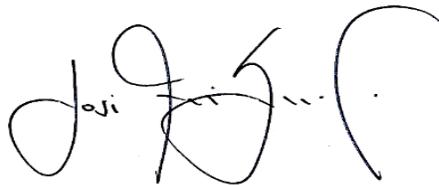
I. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada proferida el 25 de febrero de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta y en su lugar **CONDENAR** a la empresa **CERÁMICA ANDINA, LTDA.** al pago a favor del señor **WILSON CARRILLO** de la sanción por no consignación de las cesantías causadas en los años 2013, 2014 y 2015 equivalente a la suma de **\$26.089.003.00**

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO:. 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. 068, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de junio de 2021.



Secretario



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

Veintiocho (28) de Junio de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2017-00531-00
RADICADO INTERNO:	19.161
DEMANDANTE:	JOSÉ ROSARIO URBINA ALBARRACÍN
DEMANDADO:	JOTA COAL S.A.S., EXPLOTACIÓN MINERA MONGO S.A.S., CARBONES JH S.A.S., COAL MINEX S.A.S. y JUAN CARLOS CRUZ

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ ROSARIO URBINA ALBARRACÍN contra JOTA COAL S.A.S., EXPLOTACIÓN MINERA MONGO S.A.S., CARBONES JH S.A.S., COAL MINEX S.A.S. y JUAN CARLOS CRUZ, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2017-00531-00, y Radicación interna N° 19.161 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 26 de noviembre 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 JOSÉ ROSARIO URBINA ALBARRACÍN, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral para que se declare:

- Que, celebró contrato de trabajo con el señor JUAN CARLOS CRUZ, como persona natural en su condición de contratista de las empresas JOTA COAL S.A.S., EXPLOTACIÓN MINERA MONGO S.A.S., CARBONES JH S.A.S. y COAL MINEX S.A.S., del 1 de febrero de 2012 al 21 de octubre de 2016.
- Que, se condene al pago de salario por los días del 16 al 21 de octubre de 2016 por valor diario de \$56.666,66 adeudados, por todo el período conceptos de cesantías, intereses a cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotación, indemnización por terminación unilateral sin justa causa e indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que, el 1 de febrero de 2012 celebró un contrato verbal a término indefinido con el señor JUAN CARLOS CRUZ como jefe de personal de JOTA COAL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, para desempeñarse como minero en las instalaciones de la mina de carbón en vereda Ayacucho (San Cayetano), pactando un salario a destajo pagadero quincenalmente con variaciones según se desprende de los aportes a pensión.
- Que, allí laboró hasta el 31 de marzo de 2012, de lunes a viernes por 8 horas diaria y a partir del 1 de abril de 2012 siguió laborando pero a favor de la empresa EXPLOTACIÓN MINERA MONGO S.A.S. por instrucciones del mismo JUAN CARLOS CRUZ hasta el 31 de diciembre de 2014, pactando un salario conforme a producción diaria que arrojaba un promedio mensual de \$1'750.000 según los aportes a pensión. Que el 1 de enero de 2015 pasó a laborar bajo órdenes de CARBONES J.H. S.A.S. y el 1 de enero de 2016 a COAL MINEX S.A.S., igualmente bajo instrucciones del señor CRUZ, en el mismo oficio y horario, finalizando en la última el 21 de octubre de 2016 cuando fue despedido unilateralmente y sin justa causa. Que en ese tiempo no se le liquidaron las prestaciones sociales, su último empleador le adeuda los últimos 6 días de salario y pudo haberse constituido una sustitución patronal dado que siempre ejerció las mismas labores y tuvo iguales condiciones salariales.

Las demandadas CARBONES JH S.A.S., COAL MINEX S.A.S., EXPLOTACIÓN MINERA MONGO S.A.S., y JOTAC COAL EN LIQUIDACION S.A.S., no contestaron en la oportunidad debida la demanda y en autos del 12 de marzo de 2019 y 8 de mayo de 2019, se declaró no contestada la demanda. Sin embargo, en audiencia del 26 de noviembre de 2020 se incorporaron los anexos de dichas contestaciones como pruebas de oficio para resolver el litigio.

En audiencia del 2 de septiembre de 2019 se dispuso vincular como litisconsorcio necesario por pasiva a JUAN CARLOS CRUZ como persona natural.

Quien contestó a la demanda en los siguientes términos:

- Que el actor no tuvo relación con él como persona natural, negando que fuera empleado de JOTAC COAL S.A.S.
- Señaló, que el actor estuvo vinculado con MONGO S.A.S. mediante contratos inferiores a un año del 1 de mayo al 13 de noviembre de 2012, del 13 de enero al 6 de diciembre de 2013 y del 13 de enero al 30 de noviembre de 2014, con salario a destajo y cancelando todas las prestaciones legales.
- Que luego estuvo vinculado con CARBONES JH S.A.S., del 11 de enero al 17 de diciembre de 2015 y con COAL MINEX de enero a octubre de 2016.
- Señaló, que en ese mes COAL MINEX fue desterrada de la mina que explotaba y era propiedad de MONTGOMERY COAL LTDA., como consta en proceso penal anexo. Que al actor se le deben los días

laborados en la segunda quincena de octubre de 2016 y la liquidación final, debido a que MONTGOMERY COAL LTDA. adeuda dineros a COAL MINEX S.A.S. que no han permitido efectuar ese pago.

- Propone como excepciones, COBRO DE LO NO DEBIDO, señalando que no se le adeuda nada, INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL al negar que particularmente fuera empleador del demandante, INEXISTENCIA DE CONTRATO señalando que el actor pretende desconocer los múltiples vínculos con diferentes empresas, FALTA DE CAUSA POR PASIVA señalando que lo adeudado corresponde a sumas de dinero debidas por MONTGOMERY COAL LTDA., mientras las relaciones anteriores fueron finalizadas con su respectivo paz y salvo.

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 contra la Sentencia del 26 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: *DECLARAR que entre el demandante JOSE ROSARIO URBINA ALBARRACIN y las entidades demandadas, existieron diferentes contratos de trabajo de la siguiente manera:*

- Del 01 de mayo del año 2012 al 30 de noviembre del año 2012, del 13 de enero del año 2013 al 06 diciembre del año 2013 y del 13 de enero del año 2014 al 30 de enero del año 2014, tres contratos de trabajos diferentes entre el demandante y la entidad demandada EXPLOTACION MINERA MONGO SAS.*
- Entre el 11 de enero del año 2015 al 17 de diciembre del año 2015, un contrato de trabajo entre el demandante y empresas CARBONES JH SAS.*
- Entre el 01 de enero del año del 2016 al 21 de octubre del año 2016, un contrato de trabajo entre el demandante y la empresa COAL MINEX SAS.*

SEGUNDO: CONDENAR *a la empresa COAL MINEX SAS a reconocer y pagar en favor del demandante JOSE ROSARIO URBINA ALBARRACIN, las siguientes sumas de dinero:*

- Por concepto de salario, la suma de TRESCIENTOS CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS MCTE (\$304.932,00).*
- Por concepto de cesantías, intereses de las cesantías y prima de vacaciones, la suma de TRES MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL NOVECIENTOS PESOS MCTE. (\$ 3.308.900,00).*
- Por concepto de vacaciones, la suma de SEISCIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE PESOS MCTE (\$ 617.219,00).*
- Por concepto de indemnización moratoria del Art. 65 del C.S.T, la suma de VEINTISIETE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS MCTE (\$ 27.696.000,00), correspondiente a un día de salario por cada día*

de retardo en el pago de los derechos laborales, desde el día 22 de octubre del año 2016 al 21 de octubre de año 2018.

E. Por concepto de indemnización moratoria del Art. 65 del C.S.T., los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la superintendencia financiera al momento del pago, sobre el capital adeudado de la suma de TRES MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL NOVECIENTOS PESOS MCTE (\$3.308.900,00), desde el día 22 de octubre de año 2018 hasta cuando se efectúe su pago.

TERCERO: *DECLARAR probadas las excepciones de mérito planteadas por el señor JUAN CARLOS CRUZ como persona natural a través de apoderado judicial, que denomino inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. En consecuencia, ABSOLVER a esta parte demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.*

CUARTO: ABSOLVER *de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante en contra de las empresas EXPLOTACION MINERA MONGO SAS, JOTA COAL SAS Y CARBONES JH SAS, conforme lo motivado en la presente sentencia.*

QUINTO: CONDENAR *en costas a la parte demandada COAL MINEX SAS, fijando como agencias en derecho en favor del demandante señor JOSE ROSARIO URBINA ALBARRACIN la suma de dos (02) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que, el problema jurídico consiste en resolver si entre el demandante y las entidades y persona natural demandada, existió uno o varios contratos de trabajo del 1 de febrero de 2012 al 21 de octubre de 2016, y si en virtud de los mismos se cumplieron las diferentes obligaciones laborales.

- Expone, que el contrato de trabajo, conforme a sus requisitos esenciales generales y los elementos que lo integran (prestación de servicio, remuneración y subordinación), puede presentarse en diferentes modalidades legalmente consagradas y en este caso, según las pruebas aportadas se evidenció que el actor tuvo múltiples, consecutivas y diferentes relaciones laborales con las empresas demandadas, sin que se configuraran los supuestos de una sustitución patronal.

- Sobre los extremos de estas relaciones, no se corresponden con los enunciados en la demanda, pues como se deriva de las pruebas incorporadas de oficio y que contienen las novedades de afiliación por ingreso y retiro, el actor realmente prestó servicios a favor de EXPLOTACION MINERA MONGO SAS del 01 de mayo del año 2012 al 30 de noviembre del año 2012, del 13 de enero del año 2013 y del 13 de enero del año 2014 al 30 de enero del año 2014, sin que de estas relaciones independientes y autónomas se desprenda obligación pendiente alguna o se probara el hecho simple del despido. Lo que también sucede en el período 11 de enero del año 2015 al 17 de diciembre del año 2015 con el empleador CARBONES JH SAS.

- Respecto de la demandada COAL MINEX S.A.S., del interrogatorio de su representante legal se desprendió, que del 1 de enero al 21 de octubre de 2016, existió un contrato de trabajo con el demandante, lo que coincide con los aportes a seguridad social, pero en el proceso no obra prueba sobre las pretensiones prestacionales reclamadas en la demanda y se confesó que se adeudan 5 días de salario y la liquidación final.

- Establece, que al plenario obran pruebas de los pagos de las diferentes liquidaciones que se generaron al finalizar las relaciones laborales del actor con MONGO S.A.S. y CARBOJES JH S.A.S., por lo que no puede haber condena alguna en su contra; mientras que el último empleador inclusive aceptó la deuda de las obligaciones perseguidas, debiendo liquidarse las mismas, con el salario reconocido en un promedio de \$1.524.666, por lo que se adeudan \$304.932 por salario, \$3.308.900 por total de cesantías, prima y vacaciones y \$617.219 por vacaciones, no siendo procedente la entrega de dotación, ni la indemnización por despido alguno al no probarse el hecho del despido.

- Agrega, sobre la indemnización moratoria, que jurisprudencialmente se ha señalado procede cuando se ha analizado de fondo la conducta del patrono para establecer si hubo buena o mala fe en las actuaciones al no cancelar las prestaciones al trabajador; y en este caso, procede la condena, porque no se acreditó una buena fe, una fuerza mayor o caso fortuito, que lo hubiera exonerado o imposibilitado de cancelar las prestaciones del trabajador y el representante legal afirma que existe una deuda de parte de otra empresa, pero esto no es suficiente excusa porque no se acreditó el impacto en las cuentas y capacidad de pago de la empresa; de manera que conforme al último salario diario, que fue de \$38.466 y la sanción equivale a este diario por 720 días para un total de \$27.696.000, causándose a partir del día 22 de octubre de 2018 intereses de mora a la tasa máxima de la Superfinanciera liquidados sobre el capital adeudado de salarios y prestaciones: \$3.308.900.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada

El apoderado de la empresa demandada COAL MINEX S.A.S., interpuso recurso de apelación manifestando que la parte demandante confunde a la pasiva, al no iniciar el proceso contra el patrono principal como fue MONTGOMERY COAL LTDA., como quedó demostrado en el curso del proceso y en la contestación de la demanda, aportándose la certificación del 1 de diciembre de 2016 donde LUIS ARNALDO ZULUAGA ZULUAGA, como presidente de MONTGOMERY COAL LTDA., reconoce la deuda de la liquidación de los trabajadores, incluyendo el aquí demandante. Quedando demostrado que el no pago de la liquidación no fue de mala fe, por lo que el mismo dependía de un tercero, no siendo viable la sanción moratoria por no pago oportuno de la liquidación aquí debatida, debiendo revisarse el expediente y sus pruebas para que la decisión cambie diametralmente.

4. ALEGATOS

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

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Resulta procedente la condena por prestaciones salariales e indemnización moratoria impuesta a COAL MINEX S.A.S., respecto de la relación laboral declarada con JOSÉ ROSARIO URBINA ALBARRACÍN del 1 de enero al 21 de octubre de 2016?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, el señor JOSÉ ROSARIO URBINA ALBARRACÍN solicitó la declaratoria de una única relación laboral, con sustitución patronal, respecto de los servicios prestados de febrero de 2012 a octubre de 2016 para las empresas JOTA COAL S.A.S., EXPLOTACIÓN MINERA MONGO S.A.S., CARBONES JH S.A.S. y COAL MINEX S.A.S., afirmando que en todas estuvo permanentemente bajo órdenes e instrucciones del señor JUAN CARLOS CRUZ, adeudándosele las prestaciones sociales de todo el lapso de tiempo y los últimos 5 días de salario.

El juez *a quo* encontró, que realmente se habían ejecutado diferentes contratos de trabajo con múltiples empleadores, sin continuidad entre sí y en relaciones autónomas debidamente finalizadas y liquidadas, con EXPLOTACION MINERA MONGO SAS del 01 de mayo del año 2012 al 30 de noviembre del año 2012, del 13 de enero del año 2013 y del 13 de enero del año 2014 al 30 de enero del año 2014, con CARBONES JH SAS del 11 de enero del año 2015 al 17 de diciembre del año 2015 y con COAL MINEX S.A.S. del 1 de enero al 21 de octubre de 2016, evidenciándose el pago total de prestaciones por las dos primeras pero habiendo confesado el representante legal de la segunda que adeudaban la liquidación final y 5 días de salario al trabajador, como consecuencia de una deuda que tenían con otra empresa. Por lo anterior, se accedió a las pretensiones exclusivamente contra COAL MINEX S.A.S., tanto del salario de 5 días como de las prestaciones sociales y vacaciones del año 2016, y la moratoria por no evidenciarse buena fe en su actuar.

La demandada COAL MINEX S.A.S. interpuso recurso de apelación para que se revoquen las condenas impuestas, alegando, que el demandante interpuso esta acción para confundir respecto del verdadero responsable de las obligaciones adeudadas, que es MONTGOMERY COAL LTDA., quien reconoce la deuda de la liquidación de los trabajadores, incluyendo el aquí demandante y por lo cual, no existe mala fe en la mora de las prestaciones.

De manera preliminar, se advierte, que conforme al principio de consonancia del artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., al no presentar apelación la parte demandante no es posible pronunciarse respecto de las pretensiones que no fueron impuestas en primera instancia contra las empresas absueltas. Y es claro para esta Sala, que la parte demandada, no desconoce en su argumento,

la existencia de la relación laboral con el demandante, sino que afirma, respecto de las deudas perseguidas en este proceso, son de responsabilidad de parte de su deudor MONTGOMERY COAL LTDA.

El señor JUAN CARLOS CRUZ, como representante legal de COAL MINEX S.A.S, en el interrogatorio de parte, refirió, que él inició laborando para MONTGOMERY COAL LTDA. y de allí pasó a administrar las diferentes empresas demandadas, bajo las cuáles siempre cumplió las obligaciones laborales al demandante con excepción de la última en COAL MINEX S.A.S., pues se generó un conflicto entre los socios de MONTGOMERY COAL LTDA. y por ello, solo se adeuda la liquidación completa de prestaciones del año 2016, con las cuáles se intentan conciliar para que sean cobradas a dicha empresa.

Explicó, que las vinculaciones con el actor se dieron un tiempo como particular, pero luego lo vinculó como gerente de las demandadas y específicamente con la última, COAL MINEX S.A.S., a mediados de enero de 2016 hasta la primera quincena de octubre de ese año, cuando se suscitó el problema por el cual un socio de MONTGOMERY COAL LTDA. los expulsó a todos de la mina.

Con fundamento a esta declaración y al historial de cotizaciones del actor; el juez de instancia, declaró la existencia de un contrato de trabajo realidad entre COAL MINEX S.A.S. como empleador y JOSÉ ROSARIO URBINA ALBARRACÍN como trabajador, del día 1 de enero al 21 de octubre de 2016; aceptando el demandado, que adeuda por este período al demandante 5 días de salario y la liquidación total de prestaciones. Sin embargo, alega el apelante que la condena no procedía porque se demostró que MONTGOMERY COAL LTDA. reconoció la deuda de la liquidación de los trabajadores, incluyendo el aquí demandante, quien conociendo la situación pretende confundir al no haber iniciado el proceso contra su verdadero acreedor.

Al respecto, a folio 138 obra documento suscrito por LUIS ARNOLDO ZULUAGA en calidad de Presidente de la Sociedad MONTGOMERY COAL LTDA., del 17 de noviembre de 2016 donde expresa que JUAN CARLOS CRUZ prestó servicios en mina de su propiedad como contratista de 2007 a 2015 mediante las empresas aquí demandadas y que ese contrato fue aceptado por los socios pero no firmados, dándose su ejecución hasta octubre 27 de 2016 cuando la mina fue ocupada y desalojada por el socio Jorge Eliécer Peñaranda.

Finaliza señalando que MONTGOMERY COAL LTDA., tiene pendiente a COAL MINEX S.A.S., los salarios insolutos de los días 17 a 21 de octubre de 2016 y las prestaciones del personal de enero al 21 de octubre de 2016.

De conformidad con el artículo 55 del C.S.T., *“El contrato de trabajo, como todos los contratos, deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella”*; igualmente, el artículo 57 *ibídem*, consagra como obligaciones especiales del empleador *“Pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos”*.

Reiterando que entre las partes no existe controversia sobre la existencia de una relación laboral durante el año 2016, no es posible aceptar el argumento

del apelante sobre un proceder indebido del demandante al plantear esta acción laboral; pues aceptado su papel como empleador, le es imposible deslindarse del deber legal de cancelar debidamente la remuneración correspondiente. Lo que además de identificarse como una obligación inherente a la relación laboral, se trata de una obligación especial del empleador.

En este asunto, no se demuestra adecuadamente la relación que pudo haber existido entre MONTGOMERY COAL LTDA. y COAL MINEX S.A.S.; el citado certificado refiere haber celebrado un contrato de administración delegada, pero al tiempo advierte, que nunca se suscribió, y si bien acepta adeudar al aquí demandado conceptos que le permitirían cubrir obligaciones laborales, esto no genera un efecto de subrogación como el pretendido por el apelante. Pues sin perjuicio de las acreencias que otras personas naturales o jurídicas tengan con el empleador, este debe cumplir con sus obligaciones prestacionales con sus trabajadores, como resultado del contrato laboral celebrado directamente con estos y respecto del cual no existe condición alguna que le permita suspender la remuneración por servicios prestados.

Así lo recuerda la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL845 de 2021, al recordar que *“el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y por su parte, el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente”*.

Bajo ese entendido, no existe un indebido proceder del demandante al haber dirigido esta acción ordinaria laboral exclusivamente contra quien identifica y además reconoció ser su empleador, dado que es a quien legalmente le corresponde, responder por los conceptos adeudados; por ello, si la empresa COAL MINEX S.A.S. pretendía que MONTGOMERY COAL LTDA. se hiciera responsable de esa deuda bajo alguna figura jurídica de subrogación, era su carga haber solicitado en la oportunidad legal correspondiente su integración al litisconsorcio necesario por pasiva. Sin embargo, como se indicó, su contestación fue presentada extemporáneamente y en todo caso, no solicitaba la vinculación de quien ahora afirma es el verdadero deudor.

Conforme a lo anterior, no le asiste razón al apelante en su argumento principal y por ello se confirmará la decisión de primera instancia que condenó a COAL MINEX S.A.S. a responder por las obligaciones salariales y prestacionales del actor por el año 2016.

Procede ahora la Sala a verificar si condena por la indemnización moratoria impuesta fue acertada, al alegar el apelante, que no hubo mala fe en el empleador pues el impago se presentó por factores externos a la empresa. Se trae 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”.

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, COAL MINEX S.A.S. alega, que para octubre de 2016 la mina que administraba y era propiedad de MONTGOMERY COAL LTDA. fue tomada por uno de los socios de esa empresa, quien los desalojó; y que dicha empresa era quien costeaba el valor de la nómina, por lo que no actuó de mala fe al dejar de cancelar los últimos días de salario y la liquidación final de prestaciones del actor, pues inclusive el representante legal de esa sociedad aceptó la deuda.

Al respecto, como ya se dijo previamente, sin perjuicio de los negocios jurídicos que celebre el empleador con terceros y de los cuáles genera los ingresos para costear su operación, tiene un deber legal especial de garantizar a sus trabajadores la remuneración por los servicios prestados y no puede esquivarlos alegando acreencias de terceros, pues se espera que su gestión prevea y reserve capacidad para atender cualquier emergencia que se suscite, evitando afectar a los trabajadores.

Específicamente sobre la viabilidad de aceptar las crisis económicas derivadas de imprevistos para absolver por la sanción moratoria, la citada providencia SL845 de 2021 expuso:

“(…) la censura tiene razón cuando asevera que el ad quem desacertó al concluir que la crisis financiera de la empresa constituye por sí sola una conducta justificante del impago de

*los salarios y prestaciones. En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que **es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.***

Bien puede ocurrir que, a pesar de encontrarse en crisis, la empresa tenga alternativas para cumplir con sus responsabilidades, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la debacle económica le impida por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.”

Siguiendo este parámetro jurisprudencial, a COAL MINEX S.A.S. le correspondía acreditar que toda su capacidad económica estaba sujeta a las relaciones que lo ataban con MONTGOMERY COAL LTDA. y que el imprevisto suscitado en octubre de 2016, generó a su capacidad económica un impacto negativo de dimensión suficiente, para impedirle completamente satisfacer las deudas laborales. Lo que en este caso no sucedió, pues se reitera la demanda no fue contestada oportunamente y los documentos incorporados como pruebas por el juez a *quo* no informan en manera alguna cuál era la situación económica de la empresa luego de octubre de 2016, sus estados financieros y los efectos que tuvo el conflicto entre los socios de MONTGOMERY COAL LTDA. Por ello, mal podría afirmarse que está demostrada la justificación esbozada por lo que se confirmará la condena por sanción moratoria impuesta.

En consecuencia, se confirmará íntegramente la sentencia apelada y se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$500.000.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia impugnada de fecha sentencia del 26 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho de segunda instancia a favor del demandante la suma de \$500.000.

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. 068, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de junio de 2021.

[Signature]

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Segundo Laboral Circuito de
Cúcuta

Rad. Juzg: 54-001-31-05-002-2018-00237-00

Partida Tribunal: 18942

Demandante: Elmer Nivaldo Pineda Torres

Demandada (o): Instituto de Seguridad y
Vigilancia Integral (ISVI, LTDA)

Tema: TERMINACIÓN CONTRATO DE
TRABAJO

Ref.: APELACIÓN DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de alzada presentados por los apoderados judiciales de las partes demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 13 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral con radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2018-00237-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18942 promovido por el señor ELMER NIVALDO PINEDA TORRES, contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA INTEGRAL- ISVI- LTDA.

Previo a dictar sentencia, observa la Sala que mediante memorial allegado a la secretaría de esta Sala el día 23 de abril de 2021 a través de correo electrónico, el señor NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO, actuando en calidad de Representante Legal de ISVI Ltda., identificada con el NIT 860.401.191-1 con domicilio en la ciudad de Bogotá, manifestó que CONFIERE poder amplio y suficiente a la abogada ANA MARÍA ERAZO CIFUENTES, mayor y vecina de esta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía número 1.018.482.789 de Bogotá, abogada en ejercicio con tarjeta profesional número 348.002 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura para que represente a la empresa dentro del proceso de la referencia, solicitando se le reconozca personería para actuar

En consecuencia, el suscrito magistrado sustanciador del Tribunal superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER personería Jurídica a la Dra. ANA MARÍA ERAZO CIFUENTES, mayor y vecina de esta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía número 1.018.482.789 de Bogotá, abogada en ejercicio con tarjeta profesional número 348.002 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura para que represente a la empresa dentro del proceso de la referencia, de conformidad con el poder allegado a la Secretaría de la Sala el día 23 de abril de 2021.

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

I. ANTECEDENTES

La parte demandante interpuso demanda ordinaria laboral con el propósito de que se declare la existencia entre las partes de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de marzo de 2015 y hasta el 25 de febrero de 2018, fecha en que fue despedido por su empleador sin mediar justa causa y en consecuencia, se condene a este a su reintegro laboral, al pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 CST, así como aquella contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 correspondiente a 180 días de salario, de las acreencias laborales causados desde su desvinculación y hasta que sea reintegrado, y a la indemnización moratoria por falta de pago de su indemnización por despido sin justa causa y de los demás derechos laborales causados a su favor y que no fueron cancelados oportunamente.

II. HECHOS

El demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en a folios 186 a 196 del libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Indicó que fue vinculado por la empresa demandada mediante contrato de trabajo por el tiempo de duración de una obra, en el cargo de ESCOLTA del señor ALEXANDER QUINTERO MONTERREY desde el 01 de abril de 2015, contrato que estuvo vigente durante 11 meses, terminando el 01 de marzo de 2016, con una asignación mensual aproximada de \$2.760.000.
2. Que días después de la terminación de su contrato, inició un nuevo contrato individual de trabajo en desarrollo del contrato de prestación de servicios de seguridad N°512 de 2016 firmado entre la unión temporal ISVI, LTDA- SEVICOL, LTDA. y la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN, UNP, con el fin específico de cumplir con la función

de escolta para el esquema de seguridad del señor EDWIN HUMBERTO CONTRERAS CHINCHILLA, desde el 03 de abril de 2016.

3. Que posteriormente, se pactó un otrosí al contrato de trabajo, que fue firmado el día 01 de noviembre de 2017 en el cual fue asignado a un nuevo esquema de seguridad con el señor JORGE LUIS SOLANO VEGA, rigiéndose por las mismas cláusulas del contrato inicial y con vigencia en el desarrollo del contrato de prestación de servicios de seguridad n° 512 de 2016.
4. Que el 24 de junio de 2016, mientras cumplía su función de escolta, al cambiar una llanta del vehículo en el que se transportaba, sufrió un accidente laboral al caerle el repuesto sobre su pie izquierdo, practicándosele una intervención en la Clínica Santa Ana el día 10 de agosto de 2016 y recibiendo terapias físicas hasta el 08 de octubre de dicha anualidad, cuando la médico tratante ordenó la valoración por medicina laboral para reubicación.
5. Que no obstante las recomendaciones otorgadas, no fue reubicado y fue asignado a cubrir relevos de escoltas en esquemas de seguridad que no se ajustaban a dichas recomendaciones.
6. Que el día 25 de febrero de 2018 la relación existente fue terminada sin justa causa por su empleador, manifestándole que dicha terminación se daba por desmonte de una unidad de protección.
7. Que a la fecha de finalización de su contrato, se encontraba prestando el servicio de protección al esquema del señor JOSE LUIS SOLANO VEGA, esquema que aún se mantiene vigente.
8. Que debido a que se encontraba afiliado al sindicato Nacional de Escoltas de Colombia, presentó una demanda laboral especial de reintegro por fuero especial.
9. Que actualmente se encuentra calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez con un 10.55% mediante dictamen del 20 de marzo de 2018, el cual fue apelado por la ARL SEGUROS BOLIVAR, recurso que se encuentra en trámite ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada ISVI, LTDA. ésta dio formal contestación oponiéndose a la totalidad de pretensiones, manifestando que el contrato suscrito con el demandante tiene como origen y determinante, la duración o de la obra o labor contratada, y esa correspondía a la vigencia del contrato N°512 de 2016, cuya terminación fue el 25 de febrero de 2018; que confunde la parte actora, el modelo propio de las empresas de servicios temporales y lo que es un servicio de vigilancia y seguridad.

Como excepciones previas propuso las de falta de legitimación de causa en la activa, inepta demanda y cosa juzgada y como de fondo propuso las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 13 de febrero de 2020, resolvió declarar la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada entre el señor ELMER NIVALDO PINEDA TORRES y la empresa ISVI, LTDA., desde el 03 de abril de 2016 y hasta el 25 de febrero de 2018, el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador, y en consecuencia, condenó a este último al pago de la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 CST, en un valor de \$9.652.370.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no se acreditó en juicio que para el momento de culminar el vínculo laboral, el demandante tuviese una pérdida de capacidad laboral sustancial que le impidiera el desempeño de sus labores; que igualmente se evidenció que la modificación de la duración del contrato de trabajo para la obra o labor contratada se supeditó principalmente al esquema de seguridad del señor Jorge Luis Solano Vega y secundariamente a la culminación del contrato de prestación de servicios N°512, evidenciándose que la Unidad Nacional De Protección y particularmente la entidad demandada aún mantienen dicho esquema de seguridad sobre el señor Jorge Luis Solano Vega, por lo tanto existía la continuidad de la obra o labor contratada para la cual fue vinculado el demandante.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

La parte demandante presentó recurso de apelación de forma parcial en contra de la decisión contenida en el numeral segundo de la sentencia proferida, indicando que señala el despacho que está probado al proceso que el esquema de seguridad del señor Jorge Luis Solano Vega estuvo vigente sólo hasta la fecha en que la representante legal de la entidad declaró ante este mismo despacho dentro del proceso de fuero sindical 161 del 2018, situación contraria a lo probado en el proceso, toda vez que en diligencia llevaba a cabo el día del fallo proferido, fue aportado en debida forma y dentro de la oportunidad procesal, el contrato suscrito entre la demandada y la Unidad

Nacional De Protección numerado 526 de 2018, que en su cláusula cuarta señala expresamente que la duración de este contrato va hasta el día 30 de noviembre del año 2018; que bajo este entendido debe tenerse que la prestación del servicio al señor Jorge Luis Solano Vega debe entenderse como mínimo hasta la finalización del contrato 526 del año 2018.

Asimismo, no se encontró de acuerdo la parte con la decisión contenida en el numeral tercero de la decisión respecto de la sanción moratoria, manifestando que se ha probado en el proceso que la demandada actuó de forma unilateral y de mala fe; que lo desvinculó con un argumento que se probó en el proceso no era cierto, por lo que debieron haber indemnizado al trabajador en el momento de la terminación de la relación laboral; que sin embargo, la demandada no aportó al proceso constancia de pago de estas sumas por concepto de indemnización por despido sin justa causa, indemnización que debe ser reconocida teniendo en cuenta el tiempo que ha transcurrido desde la desvinculación, teniendo en cuenta que la demandada obró de mala fe y que las sumas establecidas en el contrato son muy inferiores al valor real salarial que devengaba el trabajador al momento de la desvinculación, toda vez que este con las horas extras y los trabajos y turnos adicionales que efectuaba, devengaba una suma superior mensual a los \$2.800.000, sin embargo en el contrato solamente establecieron el valor de un básico y los demás conceptos o los demás emolumentos no fueron pactados en este documento.

2. PARTE DEMANDADA

La pasiva mostró inconformidad con la sentencia proferida por la juez a quo, en sus numerales uno, dos y cinco y cuatro, sustentando su recurso de apelación de la siguiente manera:

Indicó que en el plenario si bien es cierto existe como prueba el contrato número 527 del año 2018, en el cual la empresa nuevamente se gana un proceso de contratación regulado y vigilado por la ley de contratación estatal ley 80 de 1993, esta adjudicación fue en su momento un hecho incierto, no pudiendo simplemente asumir que se va a ganar un contrato, que le van a adjudicar un contrato y que en ese mismo orden de ideas deba continuar brindando el servicio a los esquemas que la Unidad Nacional de Protección le coordine previamente.

Precisó que si bien es cierto el contrato que se aportó, en la cláusula cuarta establece un término de ejecución, aunque la norma de contratación pública no lo exige para este caso en particular, en el acta de inicio en el plenario no hay certeza de cuándo efectivamente inicia el contrato, desconociendo las partes cuándo efectivamente inicia ese contrato y no hay la prueba siquiera sumaria, en los testimonios tampoco se menciona, la apoderada tampoco lo

aporta y no existe una fecha cierta de cuando el vínculo jurídico inicia para prestar el servicio de vigilancia por parte Isvi con la Unidad Nacional De Protección.

Que como se argumentó, al demandante se le hizo un contrato de obra o labor, para prestar el servicio vigilancia escolta a unos determinados protegidos; resaltó que cuando se asigna un servicio de protección a una persona con problemas de seguridad, esto obedece siempre a un estudio previo de los riesgos, incluso del estatus político que tenga a persona, y que si bien es cierto a través de los otrosí se direccionó que el contrato obra o labor era mientras subsistiera el esquema de protección para Jorge Solano Vega, esto es una situación absolutamente variable, pues nos en el curso de estos servicios, ese protegido puede mitigársele el riesgo, puede aumentársele el riesgo, no es una condición sine qua non que les permita enlazar el contrato de obra o labor con ese esquema de protección, se trata de una situación que se previó al momento de la suscripción del otrosí para darle un enfoque a ese trabajador; por esto, solicitó que se revise la literalidad del contrato, la verdadera voluntad de las partes en cuanto a que los esquemas de protección pueden cambiar, pueden variarse, hoy es uno el protegido, mañana puede ser otro, como en el caso del demandante; que durante el proceso se mencionaron diversas personas a los cuales él le prestó servicios de seguridad, no solamente fue al señor Jorge Lozano Vega, coincide a favor del demandante que fue el último servicio que se pretendió prestar dirigirlo al señor Jorge de Solano Vega; que no obstante el contrato y los otrosí que no han sido tachados de falso, determinan la vigencia del contrato con la UNP.

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

La apoderada de la activa alegó que la fecha de celebración del contrato N°526 de 2018, en nada afectó el esquema del que hacía parte su representado, porque como se ha probado al proceso, la fecha de terminación del contrato 512 de 2016, es decir el día 23 de febrero del año 2018, en nada infirió para la continuidad de protección del señor JORGE LUIS SOLANO VEGA, situación que se mantuvo en iguales condiciones, muy a pesar de la terminación del contrato 512 del 2016, esto en razón a que el día 26 de febrero del mismo año, la entidad inició la ejecución del contrato 526 de 2018, en las mismas condiciones, con

los mismo esquemas de seguridad e incluso aumentando el número de plazas en el departamento Norte de Santander, como se probó en el proceso, con los documentos aportados y los testimonios.

Precisó que el demandado, como consecuencia de sus actos de mala fe, omitió aportar al proceso la totalidad de documentos que tenía en su poder, pretendiendo alegar en su defensa, que no se probó al proceso la duración del contrato de trabajo; manifestó que en el trámite de primera instancia se probó la continuidad de la obra labor y la inexistencia de la justa causa alegada para la terminación de la relación laboral; cumpliendo la parte actora con su carga probatoria, aportando el contrato 526 de 2018, evidenciando la ejecución del mismo seguida inmediatamente del contrato 512 de 2018 y al tener el contrato DIEZ MESES de vigencia la contratación iría hasta el mes de diciembre del año 2018; recalcó que una vez probada la continuidad de la obra, se traslada la carga de la prueba a la demandada ISVI LTDA, de probar en el trámite de la referencia, la fecha de terminación de la relación de la obra o labor contratada.

Alegó que no es de recibo que se premie la actitud negligente del demandado, con una sentencia que no reconoce a su representado la totalidad de los salarios adeudados hasta la terminación del contrato 526 de 2018, es decir hasta fecha de la sentencia, menos cuando esta documentación estaba en poder de ISVI LTDA y fue requerida por el A quo de primera instancia en su totalidad y el demandado solo aportó una parte de la documentación que tenía en su poder, situación calculada que quiere aprovechar en su favor y que en derecho debería ser sancionada por incumplir el mandato legal del Juez de Instancia.

Indicó que está probado al proceso que su representado fue desvinculado a partir del día 23 de febrero del año 2018, fecha a partir de la cual nace al demandado ISVI LTDA la obligación de realizar el pago de la indemnización por despido sin justa causa y no como equívocamente señala el A quo de primera instancia, que la obligación surge a partir del 26 de septiembre del año 2018.

Que el esquema de seguridad del señor JORGE LUIS SOLANO VEGA continuó siendo ejecutado a partir del 23 de febrero del año 2018, en vigencia del contrato 526 de 2018 y continuó hasta el fallecimiento del protegido JORGE LUIS SOLANO VEGA es decir hasta el 04 de noviembre del año 2020.

Que la terminación de la obra o labor no fue probada o desvirtuada por la parte demandada, ni siquiera sumariamente, que hubiese terminado la obra o labor para la que fue contratado su representado, por tanto el Juez de primer instancia debió condenar al pago de los salarios hasta el

momento de la sentencia, toda vez que se probó la continuidad de la obra y le asistía al demandado la carga de la prueba en el proceso para demostrar que el esquema del señor JORGE LUIS SOLANO VEGA hubiese sido desmontado.

Indicó que el valor salarial tenido en cuenta por el Juez, fue el salario básico de contenido en el contrato, sin tener en cuenta ni siquiera, que para el año 2018 le habían realizado el aumento del salario mínimo, debiendo haber fallado por el salario promedio que se probó al proceso.

Precisó que se debió ordenar el pago de la indemnización por despido por DISCRIMINACIÓN, habiéndose probado al proceso que no existió la justa causa alegada y teniendo en cuenta que SU representado se encontraba en proceso de calificación por pérdida de capacidad laboral derivada de un accidente de trabajo sufrido en cumplimiento de sus funciones, por lo que debió condenar a la demandada al pago de los CIENTO OCHENTA DIAS DE SALARIO que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Que ante la evidente ausencia de justa causa para la desvinculación del trabajador, debió la demandada a partir de la terminación de la relación laboral, cancelar la indemnización por despido sin justa causa; situación que no ocurrió y por esto, a partir del momento de la terminación unilateral y sin justa causa de la relación laboral, la indemnización por despido se convierte en una prestación laboral, conforme lo señala el artículo 64 del C.S.T., siendo procedente la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST.

Por último, alegó que en primera instancia se condenó en agencias de derecho a la demandada, en un salario mínimo mensual legal vigente, situación contraria a la normatividad vigente, toda vez que en el ACUERDO No. PSAA16-10554 del Agosto 5 de 2016, se señala que en los procesos declarativos como es el caso que nos ocupa, en primera instancia cuando el proceso es de menor cuantía, la tarifa debe ser fijada en porcentaje entre el 4% y 10% de lo pretendido y solo es procedente fijar en agencias en derecho en salarios mínimos cuando el asunto carezca de cuantía o de pretensiones pecuniarias, situación que no ocurre en el caso de la referencia; por tanto debió el A quo de primer instancia fijar las agencias en derecho en porcentaje de conformidad al tipo de proceso.

PARTE DEMANDADA

Indicó la empresa ISVI, LTDA que ante el requisito que cubre los contratos de obra o labor de establecer las especificaciones de la labor

determinada, para el caso en concreto, a través del contrato individual de trabajo suscrito por el demandante y la unión temporal (SEVICOL Ltda. e ISVI Ltda.) se ancló su ejecución al contrato N° 512 de 2016, suscrito entre la unión temporal (SEVICOL Ltda. e ISVI Ltda.) y la Unidad Nacional de Protección-UNP, contrato dentro del cual el demandante prestó sus servicios como escolta, con la siguiente descripción de la obra o labor contratada: “Cumplir con la función de ESCOLTA, para el esquema de seguridad del señor EDWIN HUMBERTO CONTRERAS CHINCHILLA, en desarrollo del contrato de prestación de servicios de seguridad número 512 de 2016 firmado entre la unión temporal ISVI Ltda., SEVICOL Ltda. y la Unidad Nacional de Protección-UNP, por lo tanto, la duración de la obra, está determinada por la continuidad del esquema de seguridad para el cual es contratado, principalmente y subsidiariamente la vigencia del contrato 512 de 2016 suscrito con la UNP antes mencionado”

Que sobre el particular, y como se vislumbra en los documentos del expediente, ISVI Ltda., haciendo uso de sus facultades legales y sin incurrir en violación alguna a los derechos del trabajador, contrató los servicios del demandante por contrato de obra o labor, especificando la labor objeto del contrato y, aun cuando no se estableció un plazo determinado, se entiende que la duración del mismo está unido a la duración del contrato con el cliente, en este caso la Unidad Nacional de Protección-UNP, el cual finalizó en el mes de febrero de 2018, motivo por el cual ISVI Ltda., remite memorial el 25 de febrero de 2018, en donde pone en conocimiento que el cliente Unidad Nacional de Protección -UNP, dio por finalizada la labor del esquema de seguridad y, como consecuencia, se le informa al señor Pineda, la terminación del contrato obra o labor.

Precisó que en sentencia SL151700-2015 de la Corte Suprema de Justicia, se señaló que el contrato de obra o labor no solo termina con el cumplimiento de los parámetros establecidos en el contrato, ya que este puede finalizar bajo la falta de continuidad en el desarrollo del objeto del contrato mismo, es decir que, ante la terminación del contrato entre la Unidad Nacional de Protección e ISVI Ltda., del cual se derivaba la existencia misma del contrato celebrado con el señor Pineda, no es dable intuir que se está ante la terminación unilateral del contrato por parte de la empresa ISVI Ltda., ya que no estaba facultada para decidir sobre la terminación del contrato con la UNP, es esta última quien, por voluntad propia, decide dar por terminado el contrato de prestación de servicios N° 512 de 2016, hecho por el cual, la demandada cumple con informarle al trabajador que como consecuencia de la finalización de la labor principal a la cual estaba atada su contrato de obra o labor, este finaliza y se debe proceder a la liquidación del mismo.

Precisó que se evidencia que no cabe condena en contra de la empresa en virtud de la terminación del vínculo derivado del contrato de obra o labor suscrito entre las partes; el cual dependía de la existencia del contrato N° 512 de 2016 en función del cumplimiento de las obligaciones como escolta, para el esquema de seguridad especificado en el objeto del contrato materia de estudio.

Se aclara que el término para presentar alegaciones finales fue otorgado a las partes en dos ocasiones, en procura de evitar una vulneración al derecho de defensa de la parte demandada, la cual manifestó la revocatoria de poder otorgado a su representante judicial, informada a la Sala mediante correo electrónico del 12 de enero de 2021 y solicitó su aceptación, a lo cual se dio respuesta de manera tardía.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y las argumentaciones manifestadas por las partes en sus recursos de apelación, **los problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala se reducen a determinar, en primer lugar, si en este caso el señor ELMER NIVALDO PINEDA TORRES fue despedido sin justa causa por su empleadora ISVI, LTDA. y en consecuencia procede a favor de aquel, la indemnización contenida en el artículo 64 del CST; en caso de ser resuelto lo anterior de manera favorable, se deberá estudiar si la falta de pago de dicha indemnización genera a cargo del empleador el pago de aquella contenida en el artículo 65 del CST.

No existe discusión en esta instancia acerca de la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada entre el señor ELMER NIVALDO PINEDA TORRES y la empresa ISVI, LTDA., desde el 03 de abril de 2016 y hasta el 25 de febrero de 2018, lo cual fue declarado por el A quo y frente a lo cual las partes no presentaron inconformidad alguna; así mismo, se aclara que no serán estudiadas las pretensiones relacionadas con la solicitada estabilidad laboral reforzada generada por el estado de salud del trabajador, lo cual si bien fue mencionado en los alegatos presentados en

esta instancia por la parte activa, no fue motivo de reparo en la sustentación de su recurso de apelación, siendo este último, el momento procesal otorgado a las partes para que indiquen sus reproches frente a la sentencia dictada.

Así las cosas, dado que el debate suscitado por las partes en conflicto se reduce a que sea declarada como injusta la terminación del contrato de obra que fuere declarado y su correspondiente indemnización, deberá esta Sala revisar las circunstancias de rodearon la extinción de vínculo entre el señor PINEDA TORRES y la empresa ISVI, LTDA.

En primer lugar, bastante se ha dicho que en caso de deprecar un trabajador, el pago por concepto de indemnización por despido injusto, debe probar dicho despido, trasladando la carga de la prueba al empleador, quien debe demostrar que la terminación tuvo lugar en virtud de una causal objetiva.

Siguiendo los anteriores lineamientos, se observa que a folio 45 obra al expediente comunicación de fecha 25 de febrero de 2018 enviada al demandante por parte del señor Omar Alexander Rubiano, como coordinador de gestión humana de ISVI, en la cual se le informa a aquel que “teniendo en cuenta que la duración de su contrato de trabajo está circunscrita al cumplimiento de la obra o labor contratada “MIENTRAS DESARROLLE LA FUNCIÓN DE ESCOLTA FIJO PARA EL ESQUEMA DE SEGURIDAD DEL SEÑOR (A) JORGE LUIS SOLANO LEMUS O SE DÉ POR TERMINADO EL CONTRATO 512 DE 2016 CON LA UNP” nos permitimos informarle que debido a que el cliente UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN- UNP dio por finalizada dicha labor tal cual como su contrato lo indica estaba asignado y por ende y en virtud de lo establecido en el literal b) del artículo 61 del CST, su vinculación laboral con ISVI Ltda. finaliza a partir del día 25 de febrero del año 2018; así mismo, s folio 48 se encuentra la liquidación de contrato individual de trabajo, en el cual se indica que el valor base de liquidación prestacional es \$2.596.613.

Por lo anterior, es claro entonces que fue la empresa ISVI, LTDA. la que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo existente con el señor PINEDA TORRES, justificación la misma en el hecho de la terminación de la obra o labor determinada para la cual este había sido contratado, es decir, el Contrato N°512 de 2016 suscrito entre la Unidad Nacional de Protección-UNP y la Unión Temporal ISVI- SEVICOL, el día 26 de febrero de 2016.

Surge de lo expuesto, la necesidad de revisar lo establecido en el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 50 de 1990 que subrogó el artículo 61 del CST, y que señala en su literal d) que, el contrato de trabajo finaliza por terminación de la obra o labor contratada; así mismo, la HCSJ en su sentencia SL1550 de 2021 indicó que esta “*Corporación ha adoctrinado que la vigencia del contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada no depende de la voluntad o el capricho del empleador o del trabajador, sino que corresponde*

a la esencia misma del servicio prestado. En sentencia CSJ SL3282-2019 se indicó que «cuando se acude a esta clase de contrato, se entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas o, en otros términos, que la fecha de finalización es determinable y depende de la culminación de la obra o la tarea contratada, como ocurrió en este asunto».

Teniendo claro lo anterior, procede la Sala a revisar las pruebas aportadas a los autos, encontrado los siguientes elementos materiales allegados por las partes:

- A folios 22 a 35 se allegó el contrato N°512 de 2016 suscrito entre la Unidad Nacional de Protección- UNP y la Unión Temporal ISVI-SEVICOL, el día 26 de febrero de 2016, con un plazo pactado hasta el 31 de enero de 2018 y/o hasta el agotamiento de los recursos, lo que primero ocurra, plazo que fue modificado mediante otrosí firmado el 22 de enero de 2018 y obrante a folios 363 a 365, extendiéndolo hasta el 28 de febrero de 2018.
- A folios 36 y 37 se aporta el contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada, suscrito entre la UNIÓN TEMPORAL ISVI LTDA- SEVICOL LTDA y el señor ELMER NIVALDO PINEDA TORRES con fecha de iniciación 03 de abril de 2016, y en el cual se especifica que “la duración de la obra está determinada por la continuidad del esquema de seguridad para el cual es contratado principalmente y subsidiariamente la vigencia del contrato 512 de 2016 suscrito con la UNP antes mencionado y sus prórrogas en caso de haberlas”.
- A folios 42 y 43 se observa otro si al contrato anterior, firmado el 01 de noviembre de 2017 y en el cual se incluye la siguiente cláusula: “las partes estipulan de común acuerdo que a partir de la suscripción del presente otro si, la duración del contrato objeto de modificación, estará supeditado y condicionado a la duración del esquema de seguridad asignado al señor JORGE LUIS SOLANO VEGA en la ciudad de Cúcuta y en vigencia del contrato firmado entre ISVI LTDA y la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN-UNP en adelante EL CONTRATANTE, por lo tanto la duración de la obra está determinada por la continuidad del esquema de seguridad antes mencionado y subsidiariamente la vigencia del contrato 512 de 2016 suscrito con el CONTRATANTE sus prórrogas (sic) en caso de haberlas”.
- A folio 44 se encuentra la “presentación de Escolta PINEA TORRES ELMER NIVALDO (...) al Esquema UNP- JORGE LUIS SOLANO VEGA”, de fecha 01 de noviembre de 2017, enviado a la señora ANNELINE ESPITIA como coordinadora UOA-UNP.
- A folio 261 se observa una certificación expedida por el Coordinador Grupo de Contratos de la Unidad Nacional de Protección, según la cual el contrato N°512 de 2016 suscrito entre dicha entidad y la unión

temporal ISVI-SEVICOL, inició el 01 de marzo de 2016 y finalizó el 25 de febrero de 2018.

- A folios 265 a 297 se allega el histórico de pagos efectuados al trabajador desde abril de 2016 y hasta febrero de 2018.
- A folios 312 a 314 se observa otro sí suscrito el 18 de enero de 2017, en el cual se indica que “PRIMERA. CARGO. Las partes estipulan de común acuerdo que a partir de la suscripción del presente OTRO SI, el ESCOLTA RELEVANTE, cambiará al cargo de ESCOLTA FIJO asignado al esquema del señor CARMEN TERESA GÓMEZ CÁCERES, en la ciudad de Cúcuta- Norte de Santander y en desarrollo del contrato de prestación de servicios de seguridad número 512 de 2016 firmado entre la UNIÓN TEMPORAL ISVI LTDA, - SEVICOL, TLDA y la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN- UNP, (...) SEGUNDA. DURACIÓN. Las partes estipulan de común acuerdo que, a partir de la suscripción del presente otro si, la duración del contrato objeto de modificación, estará supeditado y condicionado a la duración del contrato de prestación de servicios de seguridad número 512 de 2016 (...), por lo tanto la duración de la obra estará determinada principalmente por la continuidad del esquema de seguridad estipulado en la cláusula PRIMERA del presente OTROSI y subsidiariamente a la vigencia del contrato 512 de 2016 (...)”.
- A folios 315 y 316 se observa otro sí suscrito el 16 de agosto de 2017, en el cual se indica que “PRIMERA. CARGO. Las partes estipulan de común acuerdo que a partir de la suscripción del presente OTRO SI, el ESCOLTA RELEVANTE, cambiará al cargo de ESCOLTA FIJO asignado al esquema del señor WILMER YESID GUERRERO AVENDAÑO, en la ciudad de Ocaña en desarrollo del contrato de prestación de servicios de seguridad número 512 de 2016 firmado entre la UNIÓN TEMPORAL ISVI LTDA,- SEVICOL, TLDA y la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN- UNP, (...) SEGUNDA. DURACIÓN. Las partes estipulan de común acuerdo que, a partir de la suscripción del presente otro si, la duración del contrato objeto de modificación, estará supeditado y condicionado a la duración del contrato de prestación de servicios de seguridad número 512 de 2016 (...), por lo tanto la duración de la obra estará determinada principalmente por la continuidad del esquema de seguridad estipulado en la cláusula PRIMERA del presente OTROSI y subsidiariamente a la vigencia del contrato 512 de 2016 (...)”.
- A folios 381 a 392 se allegó el contrato de prestación de servicios de protección N°526 de 2018 suscrito entre la Unidad Nacional de Protección- UNP y la Unión Temporal ISVI- SEVICOL, en el cual no consta la firma de los contratantes.

Así mismo, es relevante mencionar que en audiencia llevaba a cabo el 25 de septiembre de 2018 frente al Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso especial de fuero sindical con Radicado N°2018-00161

interpuesto por el señor ELMER NIVALDO PINEDA TORRES, la señora ANA BERTILDE ESLAVA ZAMORA, actuando como representante legal de la empresa ISVI, LTDA, rindió interrogatorio de parte, prueba que por demás fue debidamente trasladada al presente proceso, y en la cual manifestó que el esquema de seguridad de señor JORGE LUIS SOLANO VEGA, se encontraba vigente aun en dicha fecha.

De lo analizado en precedencia, evidente surge que el contrato de trabajo mediante el cual el señor PINEDA TORRES fue vinculado a ISVI, LTDA el día 03 de abril de 2016, se dio en virtud de una labor determinada, de forma principal, por la duración del esquema de seguridad que le fuera asignado, y de manera "subsidiaria" por la vigencia del contrato N° 512 de 2016 suscrito entre dicha empresa y la UNP.

También es claro que el trabajador fue trasladado a diferentes esquemas de seguridad de varias personas durante la vigencia de su contrato, siendo la última de ellas, el señor JORGE LUIS SOLANO VEGA; esquema este que según lo manifestado por la representante legal de ISVI, se encontraba aún debidamente conformado al día 25 de septiembre de 2018, fecha muy posterior a la terminación del contrato de trabajo aquí analizado; y fue por esta subsistencia del esquema de seguridad, que el Juez A quo consideró que la labor del trabajador no finalizó realmente el día 25 de febrero de 2018, momento en que la empleadora le comunica la terminación del vínculo laboral.

Sin embargo, se aparta la Sala de lo considerado por el operador judicial de primer nivel, en tanto si bien se tiene que en la cláusula del último otrosí pactado por las partes al contrato de trabajo se establece *que la obra está determinada por la continuidad del esquema de seguridad antes mencionado- aquel del señor JORGE LUIS SOLANO VEGA- y subsidiariamente la vigencia del contrato 512 de 2016 suscrito con el CONTRATANTE sus prórrogas (sic) en caso de haberlas*, es indudable que la existencia del esquema de seguridad que se encuentra en operación en determinado momento, es generado y está íntimamente ligado a la vigencia del contrato N° 512 de 2016.

Lo anterior, dado que considera la Sala que en el análisis de la causa de terminación de un contrato de trabajo por labor determinada, el Juez puede remitirse, no solo a la literalidad de lo pactado, sino a la esencia misma de la labor para la que fue contratado un trabajador, estudiando la voluntad de las partes y las circunstancias que generaron dicho vínculo; habiéndose concluido de este examen, en este caso concreto que, a pesar de que la continuidad del esquema de seguridad del señor SOLANO VEGA fue determinada como parámetro principal de duración de la relación laboral, este esquema, como se dijo, se dio dentro de un marco de contratación por parte de la UNP de los servicios de la unión temporal, determinada por la suscripción y vigencia del contrato N° 512 de 2016, el cual finalizó el día 25

de febrero de 2018 (folio 261); y si bien dicho esquema continuó con posterioridad a la extinción de este último contrato, esto fue, según lo alega la activa, por la suscripción de un contrato posterior, es decir el N° 526 de 2018 pactado entre la unión temporal ISVI- SEVICOL y la UNP, contrato obrante a folios 381 a 392 y que, valga mencionar, no tiene constancia de que hubiera sido legalizado por las partes a través de la imposición de firmas, ni se tiene conocimiento de su data de inicio.

Además, a pesar de haberse aportado este último contrato N°526, se tiene que no existe prueba en el plenario de que el mismo se hubiera suscrito de manera inmediata a la finalización del contrato N° 512 del año 2016, desconociéndose la fecha de iniciación de las actividades objeto del contrato, de tal suerte que a juicio de la Sala, la nueva contratación con relación al esquema de seguridad del señor SOLANO VEGA, en modo alguno desvirtúa el hecho que para el día 25 de febrero de 2018, la labor para la cual fue contratado el actor terminó por la finalización del contrato No 512 del año 2016.

Y es que se equivoca la parte activa en cuanto manifiesta que faltó a su carga de la prueba el demandado al no demostrar la finalización de la obra para la que fuera contratado el actor, ya que a juicio de esta Sala, dicha extinción se evidencia con la certificación vista a folio 261, y según la cual, el contrato N°512 de 2016 finalizó el 25 de febrero de 2018; y si pretendía el demandante probar que la labor relacionada con la subsistencia del esquema de seguridad del señor SOLANO VEGA, debió aportar material probatorio que mostrara la continuidad ininterrumpida de la contratación que dio pie al vínculo laboral en un primer momento, es decir, de los esquemas de seguridad conformados a favor de sujetos especiales indicados por la UNP; ya que una contratación adicional se constituye en una mera expectativa para la unión temporal en cuestión, sin que se le pueda obligar a mantener vinculados a sus trabajadores a la espera de un contrato del que no se tiene certeza, y que no se celebra de manera inmediata a la terminación del anterior.

Resulta necesario resaltar también que, dentro del texto del contrato de trabajo, las partes habían previsto que la terminación del vínculo podría darse, entre otras cosas, en caso de que “el usuario del servicio solicite el cambio de ESCOLTA, así como por la terminación del contrato celebrado entre ISVI LTDA y el usuario del servicio de ESCOLTA donde esté prestando el servicio” (literal U, cláusula 7).

Es preciso traer a colación la sentencia proferida por la HCSJ con radicado SL4086 de 2021, en la cual, se analiza un caso con situaciones fácticas similares, en el que un trabajador fue contratado para la obra o labor determinada por la *«Ampliación y actualización de los elementos externos del CIB (blending) en Barrancabermeja y en virtud del contrato **VRM-26-97** de fecha 10 de diciembre de 1997 suscrito entre la empresa colombiana de*

petróleos -Ecopetrol – y el consorcio ABB-KLEIN». En este caso, la Alta Corporación manifestó lo siguiente:

También se observa que a través de la Resolución No. 005 de 2001 fechada 4 de julio de 2001 (f.º236 a 240 cuaderno de la Corte), Ecopetrol liquidó de manera unilateral el citado contrato **VRM-026-97**, por el presunto incumplimiento del contratista; decisión que se mantuvo al resolver el recurso de reposición, como consta en el acto administrativo 007 de igual año. Similar información aparece en el documento obrante a folios 255 a 281, que contiene el acta de liquidación final del contrato principal y sus adicionales, en la que se dejó sentado que «[...] el 7 de abril de 2000, fecha de terminación del plazo contractual los trabajos incluidos en el alcance de los contratos celebrados no fueron terminados [...]».

De conformidad con lo expuesto, resultaba plenamente razonable concluir que, para el 19 de abril de 2000, data de terminación del contrato de trabajo del demandante con la sociedad empleadora ABB Automation INC Sucursal Colombia, que si bien la obra o labor para la que fue contratado no había llegado al 100% de su ejecución, su paralización se había verificado y se estaban iniciado las operaciones encaminadas a liquidar el contrato **VRM-026-97** y adiciones, suscrito entre Ecopetrol y ABB-KLEIN, que, era el que le daba vida a la vigencia de la *obra o labor contratada* laboralmente con el accionante, pues el segundo no podía existir sin el primero, de manera que la demandada no podía continuar con las obras en condiciones normales y, en dicha medida, garantizar la estabilidad laboral del actor hasta tanto se ejecutara en su totalidad el contrato de ampliación y actualización de elementos externos del CIB (Bleding), como se reclamaba en la demanda inaugural.

Se tiene entonces, que el contenido de la carta de terminación del contrato de trabajo del actor (f.º 71 cuaderno principal) concuerda con lo antes reseñado, pues a través de la misma se le comunica al trabajador la decisión de la empresa de dar por finalizado el vínculo, a partir del 19 de abril de 2000, «[...] en razón al cumplimiento de la labor contratada y a la terminación del plazo de ejecución de contrato **VRM-026-97** y sus adicionales **VRM-035-98**, **VRM-028-00** y **VRM-029-00** suscritos entre **ECOPETROL** y el Consorcio **ABB-KLEIN** [...]».

Así las cosas, surge evidente que el rompimiento del vínculo laboral no se dio como consecuencia de un despido unilateral de la demandada, sino por la verificación objetiva de la finalización de la obra o labor contratada, pues el contrato **VRM-026-97** que se situaba como parámetro para la definición de la duración del vínculo de trabajo «*por obra o labor contratada*» suscrito con el promotor del proceso, no tuvo ninguna ejecución después del 7 de abril de 2000 y fue liquidado de manera unilateral por Ecopetrol S.A. el 3 de julio de 2001 (f.º255 a 281 cuad, de la Corte), lo que dejó a la empresa empleadora contratista sin ninguna posibilidad de continuar con obra alguna, para efectos de la ejecución de la labor contratada con el accionante.

Ahora bien, es innegable que el 19 de abril de 2000 no estaba cumplido en un 100% el contrato de ampliación y actualización de elementos externos del CIB en Barrancabermeja en virtud del contrato **VRM-026-97**, pues de ello dan cuenta documentos tales como la Resolución No. 005 de 2001 y la liquidación del citado contrato y sus adicionales (f.º 236 a 240 y 255 a 281 *ibidem*), que refieren a un avance total de la obra del 66.38%. No obstante, dicha situación no permite deducir, jurídicamente, que la labor del nexo de trabajo no se había terminado, máxime cuando, como ya se explicó, la continuación de las obras verdaderamente resultó imposible para la empleadora demandada, por la liquidación estatal unilateral del contrato **VRM-026-97**.

Al respeto cumple señalar que, la duración de la obra o labor del contrato de trabajo del promotor del proceso, no podía identificarse simplemente con la ejecución física de las obras contratadas por Ecopetrol, sin tener en cuenta la suerte del contrato **VRM-026-97** que le dio origen al primero de los mencionados, pues ello daría pie a que, ante la suspensión de las obras y su estado de indefinición, por la liquidación unilateral del contrato por parte de Ecopetrol S.A., se proyectara la permanencia del vínculo laboral de los trabajadores de manera indefinida e indeterminada, lo que reñiría abiertamente con la voluntad de las partes al escoger un modelo de vinculación determinado «*por la duración de la obra o labor contratada*», ya que, se insiste, ante la liquidación estatal del referido contrato no existía posibilidad alguna de que la empleadora continuara con el nexo contractual del actor, toda vez que su vigencia estaba ligada al contrato **VRM-026-97**, suscrito entre Ecopetrol y el Consorcio ABB-KLEIN.

Adicional a esto, en sentencia CSJ SL2176-2017 en la cual analiza una situación generada igualmente por el contrato VRM-026-97 entre Ecopetrol y el Consorcio ABB-KLEIN, concluye lo siguiente:

Y, finalmente, para la Sala el hecho de que, varios meses después de la paralización de las obras y la liquidación unilateral del contrato VRM-026-97, las partes hubieran zanjado sus diferencias a través de una transacción y que, dentro de dicho contexto, hubieran reemprendido parte de los trabajos pactados, hasta lograr su finalización, **constituye una situación sobreviniente, que se identifica con una nueva contratación, y que no desdibuja el hecho de que, para la fecha de terminación del contrato de trabajo, 17 de abril de 2000, la obra para la cual había sido contratado el actor debía entenderse terminada, por su suspensión y por la posterior liquidación unilateral del contrato que le daba vida – VRM-026-97.**

Así las cosas, patente deviene que la extinción de la relación de trabajo existente entre las partes, no se dio en virtud de un despido injustificado por parte de la empresa ISVI, LTDA, sino que fue generado por la finalización de la obra o labor para la cual fue empleado el señor PINEDA TORRES, ya que el contrato N°512 de 2016, el cual fue terminado debidamente por los

contratantes el día 25 de febrero de 2018, se constituía como parámetro para la duración de dicho vínculo laboral, duración de la labor que como ya se explicó, no se extiende por la existencia de una situación sobreviniente para mantener vigente el esquema de seguridad del señor SOLANO VEGA, de tal suerte que bajo esos parámetros se estructura una causal objetiva para el rompimiento de contrato de trabajo, en términos establecidos en el artículo 61 del CST.

En tal virtud, no queda otro camino para esta Sala que REVOCAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA el día 13 de febrero de 2020 y en su lugar, ABSOLVER a la empresa ISVI, LTDA de las pretensiones incoadas en su contra por el señor ELMER NIVALDO PINEDA TORRES, declarándose probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO propuestas por la demandada.

Se aclara que ante la revocatoria de la condena al pago de la indemnización por despido injusto que fuera impuesta a la pasiva, y cuya falta de pago al momento de terminación del contrato genera, según lo pretende la parte demandante en su apelación, la indemnización consagrada en el artículo 65 de CST, no se hace necesario realizar el estudio de la procedencia de la misma.

Se condenará en costas de ambas instancias a la parte vencida en la presente actuación, a saber, la demandante, en acatamiento a lo ordenado por el numeral 4 del artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho de segunda instancia, el valor de CIEN MIL PESOS (\$100.000) a cargo del señor ELMER NIVALDO PINEDA TORRES y en favor de la demandada, ordenándose al Juez A quo fijar las agencias correspondientes a la primera instancia y liquidar el monto global de las mismas.

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 apelada proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA el día 13 de febrero de 2020 y en su lugar, **DECLARAR** probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO propuestas por la demandada.

SEGUNDO: ABSOLVER a la empresa ISVI, LTDA de las pretensiones incoadas en su contra por el señor ELMER NIVALDO PINEDA TORRES.

TERCERO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte vencida en la presente actuación, a saber, la demandante, en acatamiento a lo ordenado por el numeral 4 del artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho de segunda instancia, el valor de CIEN MIL PESOS (\$100.000) a cargo del señor ELMER NIVALDO PINEDA TORRES y en favor de la demandada, ordenándose al Juez A quo fijar las agencias correspondientes a la primera instancia y liquidar el monto global de las mismas.

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. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 29 de junio de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2019-00062-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18980
JUZGADO: SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTES: MARÍA DEL PILAR MONTAGOUTH
ACCIONADO: CORPORACIÓN MI IPS
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: INDEMNIZACIÓN MORATORIA ARTÍCULO 65
CST

San José de Cúcuta, veintiocho (28) de junio dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación promovido por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 09 de marzo de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-002-2019-00062-00 y P.T. No. 18980 promovido la señora MARÍA DEL PILAR MONTAGOUTH RINCÓN en contra de la CORPORACIÓN MI IPS.

Previo a dictar sentencia, observa la Sala que mediante memorial allegado a la secretaría de esta Sala el día 12 de enero de 2021 a través de correo electrónico, el Dr. Cristian Fernando Rincón Gelvez manifestó que la señora María del Pilar Montagouth Rincón le confirió poder amplio y suficiente para que la represente dentro del proceso de la referencia, solicitando se le reconozca personería para actuar.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: RECONOCER personería Jurídica al Dr. Cristian Fernando Rincón Gelvez, mayor y vecino de esta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía número 1.039.782.260 de los Patios, abogado en ejercicio con tarjeta profesional número 335.780 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura para que represente a la señora María del Pilar Montagouth Rincón, de conformidad con el poder allegado a la Secretaría de la Sala el día 12 de enero de 2021.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante, por intermedio de apoderado judicial pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, el cual terminó por su renuncia voluntaria, sin que le cancelaran las prestaciones sociales al momento de la finalización del contrato y por lo tanto, solicita se condene a la CORPORACIÓN MI IPS al pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 CST desde el 01 de abril de 2017 y hasta el 15 de febrero de 2019, fecha en que le fueron cancelados los valores adeudados.

II. HECHOS

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

1. Indicó que el día 01 de diciembre de 2015 suscribió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año para labores asistenciales con la CORPORACIÓN MI IPS, en el cargo de médico general, labor que desempeñó en la IPS EL PARQUE, con un salario mensual de \$2.313.300.
2. Que la relación contractual se mantuvo hasta el 31 de marzo de 2017 fecha en que decidió renunciar.
3. Que la demandada no le canceló las prestaciones sociales adeudadas al momento de la terminación de su contrato de trabajo, sino hasta el 15 de febrero de 2019.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada CORPORACIÓN MI IPS. ésta dio formal contestación oponiéndose a la pretensión encaminada a que se le condene al pago de la indemnización moratoria deprecada, manifestando que no existió mala fe en la falta de pago de los derechos laborales de la actora, ya que en los últimos meses del año 2016 se presentó una situación ajena al control y voluntad de la entidad, sin que se desconociera el pago de las acreencias laborales, pues las mismas se han venido cancelando.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó COBRO DE LO NO DEBIDO, PAGO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN, INAPLICACIÓN DE LA SANCIÓN: INDEMNIZACIÓN MORATORIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 65 CST EN FUNCIÓN DE LA AUSENCIA DEL DOLO Y MALA FE Y LA GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha 09 de marzo de 2020 resolvió **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes, desde el 01 de diciembre de 2015 hasta el 31 de marzo de 2017, condenando a la empleadora CORPORACIÓN MI IPS al pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 CST en un valor total de \$51.425.700.

Para resolver lo anterior, argumentó que de las pruebas arrimadas al proceso no se acredita la situación económica difícil que alega haber padecido la entidad accionada y que conllevó al incumplimiento en el reconocimiento y pago de la liquidación del contrato de la demandante, pues solamente advierten del vínculo laboral que existió entre la entidad accionada y la demandante, circunstancia que fue aceptada inclusive en la contestación de la demanda.

Que tampoco se allegan los desprendibles de nómina, y las liquidaciones allegadas al plenario no permiten evidenciar los motivos por los cuales después del 31 de marzo del año 2017, la entidad accionada no pudo cancelar lo que le correspondía en favor de la demandante, pues esto solamente advierte que durante el vínculo laboral y mientras la demandante prestó servicios, le eran cancelados los derechos laborales, pero no acredita la razón por la cual no fueron cancelados al momento de finalizar el vínculo.

Indicó que no se acercó prueba alguna que permita analizar por lo menos el flujo de caja que presentaba la entidad accionada para no poder cancelar los derechos laborales de la demandante, tampoco se acredita la imposibilidad que se generó física o económicamente a la entidad demandada por la intervención de Cafésalud EPS o Saludcoop EPS, y si bien es cierto es de conocimiento público la intervención y la liquidación de estas entidades, no se acredita al interior del presente juicio, cómo ello específicamente afectó a la corporación IPS Norte de Santander, y particularmente, cómo esa afectación conllevó a la imposibilidad de cancelar los derechos laborales a favor de la Sra. María del Pilar Montagut Rincón al momento de finalizar el vínculo.

Que en este sentido, existe orfandad probatoria por parte de la entidad accionada en acreditar las circunstancias que rodearon una buena fe en su actuar, que la releve de la imposición de la sanción moratoria expuesta o dispuesta en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pues no acredita las circunstancias que manifiesta conllevaron a tener una imposibilidad física, jurídica o económica para cancelar los derechos ya mencionados.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que es un hecho notorio la intervención de Saludcoop EPS en el 2011, y como consecuencia la entidad quedó con acreencias laborales que superan los miles de millones de pesos; que no se desconoce que esta corporación nació de la mano de dicha EPS, con el paso del tiempo tuvo que desligarse, sin embargo, después de casi 5 años de crisis ha podido pagar las obligaciones a favor de las personas que se han venido desvinculando de la Corporación, situación que es propia de un actuar leal.

Resaltó que para el año 2015, la operación de los usuarios fue entregada a Cafésalud, entidad que acrecentó la crisis financiera ante la falta de pago por servicios prestados, frente a lo cual se procedió con las acciones judiciales pertinentes y en aras de obtener recursos adeudados por las entidades de la EPS.

Reiteró que desde la crisis de la intervención de Saludcoop, las condiciones económicas de esta corporación han sido afectadas pues en primer lugar estamos frente a una entidad sin ánimo de lucro, y que, en segundo lugar, los ingresos dependen del 100% en los pagos de los servicios de salud prestados.

Que en virtud de eso, se evidencia claramente los motivos en los cuales se fundan las leyes de incumplimiento presentados por la Corporación IPS Norte de Santander respecto los pagos de los derechos laborales de la demandante, igualmente, es de resaltar que la Corporación intentó agotar la demás fuentes de financiamiento pero no pudo acceder a las mismas.

Que bajo parámetros resulta adecuado reiterar que el retraso del pago de la liquidación del contrato no obedece a una actitud malintencionada por parte de la empleadora a fin de perjudicar o menoscabar los derechos laborales de la trabajadora, sino que por el contrario, fue un resultado de una situación sistemática de todo el sistema de salud, por fuerza mayor, y no fue un actuar de mala fe

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

1. PARTE DEMANDADA

Resaltó que la entidad no desconoce la mora presentada en el pago de los derechos laborales, frente a lo que se deben poner de presente al despacho, las condiciones puntuales en las que se desarrolló el

contrato de trabajo con la demandante, para así determinar que durante la vigencia de la relación laboral, el empleador siempre realizó el pago de los derechos laborales causados en favor de la trabajadora, reconociendo una asignación básica mensual, el pago de cesantías e intereses, aportes a Seguridad Social, prima de servicios, vacaciones y finalmente, el reconocimiento de la liquidación final del contrato de trabajo.

Indicó que en la realidad es ampliamente conocida, convirtiéndose en un hecho notorio, la situación mencionada en la contestación de demanda, pues la intervención de SALUDCOOP EPS en el año 2011 por presuntas irregularidades, fue en su momento conocida y publicada por medios de comunicación impresa, radial e inclusive de televisión.

Que como consecuencia de ello, se indicó desde la constatación de la demanda y en el desarrollo de la etapa probatoria de primera instancia, que la entidad quedó con acreencias que superan los miles de millones, pues no se desconoce que esta Corporación nació de la mano de dicha EPS, de la que con el paso del tiempo tuvo que desligarse en aras de garantizar las obligaciones para con sus colaboradores y usuarios. Sin embargo, después de casi 5 años de crisis, se han hecho las gestiones tendientes a lograr la estabilidad de los actuales trabajadores y el pago de las obligaciones a favor de las personas que se han venido desvinculando de la Corporación, situación que es propia de un actuar leal.

Surtida la etapa para el efecto, sin que la parte activa ejerciera su derecho a presentar alegaciones finales, se procede a resolver el recurso de apelación, con fundamento en las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

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

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si la crisis económica que atravesaba la empleadora CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER es considerado como un eximente para el pago de las prestaciones sociales debidas a la trabajadora al momento de la terminación de su contrato de trabajo y por tanto no es procedente la indemnización consagrada en el artículo 65 CST, tal y como lo plantea la pasiva en su recurso de apelación.

Aclara la Sala que no existe discusión en esta instancia acerca de la existencia de un contrato de trabajo entre la señora MARÍA DEL PILAR MONTAGOUTH RINCÓN y la CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE

SANTANDER, desde el 01 de diciembre de 2015 hasta el 31 de marzo de 2017, fecha en que el mismo terminó por decisión unilateral de la trabajadora, lo cual fue declarado por el A quo en su sentencia y no fue motivo de reproche por alguna de las partes.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA- ARTÍCULO 65 CST

Se solicitó en la demanda que ante el retraso en el pago de la liquidación definitiva de prestaciones con la terminación del contrato se condenara al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., a lo que accedió el juez *a quo* al estimar que de conformidad con las pruebas que se evidencian en el expediente, la empleadora no logró acreditar un comportamiento exento de mala fe en la falta de pago de la liquidación de prestaciones sociales al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, pues no probó que se hubieran dado las circunstancias que manifiesta conllevaron a tener una imposibilidad física, jurídica o económica para cancelar los derechos ya mencionados.

Como ha sido largamente determinado por este Tribunal, teniendo como fundamento lo reglado por la HCSJ en sentencias como la SL3123-2020, la aplicación de la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato, no se impone de manera automática, sino que debe proceder, si es del caso, luego de un exhaustivo análisis de la conducta del empleador frente a tal menoscabo de los derechos del trabajador, análisis este que tiene como foco central, la conducta del incumplido, con el fin de determinar si estuvo o no revestida de buena fe, para lo cual no cuenta el juez de conocimiento, con reglas objetivas.

En cuanto a las situaciones en las que el empleador se encuentre inmerso en una crisis económica que lo lleve incluso a requerir el trámite de reestructuración o incluso de liquidación, dicha situación de insolvencia no se considera como un eximente de responsabilidad de un empleador frente al cubrimiento de las acreencias laborales de un trabajador, debiéndose examinar en cada caso particular si estuvo presente o no el elemento de buena fe en el actuar del empleador. Al respecto, la HCSJ explicó lo siguiente en su sentencia con Rad 7393 de 1993, citadas en las providencias con Rad. 34778 de 2010 y 37288 de 2012:

«Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e

indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)...»

De esta manera, se entiende que la mera alegación por parte de una empleadora de su difícil situación económica, por sí sola no la absuelve de la indemnización moratoria solicitada, sino que es menester analizar en conjunto los elementos de convicción allegados al juicio, para establecer, si se encuentra debidamente acreditadas actuaciones denotativas de buena o mala fe, que permitan dirimir la procedibilidad de la condena sancionatoria.

En el caso que hoy nos ocupa, se tiene que no discute la pasiva que, al momento de terminación de la relación laboral existente con la trabajadora, MARÍA DEL PILAR MONTAGOUTH RINCÓN, no se le canceló la liquidación definitiva de las prestaciones sociales que se causaron a su favor durante dicho contrato, siendo que el pago únicamente se efectuó el día 07 de febrero de 2019, lo cual aceptó al dar contestación al hecho N°6 del libelo introductorio, justificando dicha ausencia de pago en la difícil situación económica que se presentó en el sector salud como consecuencia de la intervención de SALUDCOOP EPS.

Sin embargo, de lo aportado al proceso se tiene que, tal y como se ha señalado en casos similares resueltos por este Tribunal, (Partida de Tribunal 18.978 Magistrada Ponente Dra. Nidiam Belen Quintero Gelves), no observa la Sala rectitud en el proceder de la CORPORACION MI I.P.S SANTANDER, ya que si bien escuda la falta de pago de los derechos laborales en cabeza de la trabajadora en la mencionada crisis económica del sector salud, de lo analizado es claro que, aun probada la difícil situación financiera por la que se encuentre atravesando una empresa y el conocimiento pleno de los trabajadores de este hecho, la misma no es razón para incumplir las obligaciones labores que tenía a cargo la entidad; esto, dado que a pesar de que entiende la Sala que ante la iliquidez o crisis económica del empleador, se afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, no debe perderse de vista, que éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono, tal como lo prevé el artículo 28 del C. S.T.

Aunado a esto, es sabido que los créditos causados por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás, tal como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990.

Y es que no observa la Sala en el plenario material probatorio que denote que el empleador tomó las medidas necesarias para amortiguar la falta de recursos económicos, ni tampoco existe un elemento de convicción que indique que la IPS aludida ejerció acciones tendientes al cumplimiento de las obligaciones laborales y remedio a la crisis, descartándose igualmente que la insolvencia económica que aduce el aquí empleador, pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, y aun configurándose como un hecho fortuito, según la tesis que ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se presume que el empleador cuenta con los mecanismos de prevención necesarios o de remedio a dicha crisis financiera. Así lo ha señalado la Sala Laboral de la H. CSJ en sentencia radicado 34288 de enero 24 de 2012:

“el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis”.

Así mismo, debe insistirse que el empleador, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333).

En ese orden de ideas, al no haber aportado al proceso la pasiva, elementos probatorios suficientes que permitan concluir que tenía razones válidas justificativas para omitir cancelar a la finalización del vínculo laboral los derechos laborales existentes a favor de la señora MONTAGOUTH RICÓN, no es posible revocar la condena impuesta por el A quo al pago de la indemnización contenida en el artículo 65 del CST, debiéndose CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente a cargo de LA CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER y en favor de la señora MARÍA DEL PILAR MONTAGOUTH RINCÓN.

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,

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia proferida el 09 de marzo de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente a cargo de LA CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER y en favor de la señora MARÍA DEL PILAR MONTAGOUTH RINCÓN.

NOTIFÍQUESE

Nidia Belén Quintero G.

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



ELVER NARANJO

MAGISTRADO

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de junio de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de Junio de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2019-00046-00
RADICADO INTERNO:	19.106
DEMANDANTE:	PIO GERARDO DE LA ASCENCIÓN DÍAZ ALVARADO
DEMANDADO:	COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor PIO GERARDO DE LA ASCENCIÓN DÍAZ ALVARADO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2019-00046-00, y Radicación Interna No 19.106 de este Tribunal Superior, para decidir el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y El Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia del 19 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Labora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor PIO GERARDO DE LA ASCENCIÓN DÍAZ ALVARADO, mediante apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que se reconozca y pague el retroactivo pensional a partir de la última cotización efectiva al sistema general de seguridad social en pensiones y hasta el momento en que se incluyó en nómina de pensionados, esto es, del 1 de junio de 2017 al 1 de julio de 2018, junto con la mesada adicional que corresponde al mes de junio, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere:

- Que nació el 22 de mayo de 1952, y el 22 de mayo de 2014 cumplió 62 años de edad, por lo que solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez ante Colpensiones, la cual, mediante Resolución 4128 del 10 de enero de 2017, se le negó, argumentando que el actor no cumplía con los requisitos del régimen de transición, por lo que interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación, resuelto por la Resolución SUB 109337 del 28 de junio de 2017, en la que se accede al reconocimiento y pago de una pensión de vejez en cuantía de \$2.627.230 e incluido en nómina de pensionados en julio de 2017.

- Mediante la Resolución SUB 109337 del 28 de junio de 2017, Colpensiones indicó, que no le reconoce el retroactivo pensional al demandante porque debe radicar documentación en la que indique, la fecha de retiro del servicio público, sin embargo, señala, que no cuenta con la calidad de funcionario o empleado público, y que su vinculación se regía por contrato de trabajo.

La demandada COLPENSIONES se opone a que se declare el reconocimiento y pago del retroactivo pensional que reclama el demandante en el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2017 al 1 de julio de 2018, toda vez, que el señor PIO GERARDO DE LA ASCENCIÓN DÍAZ ALVARADO no efectuó su desafiliación total al sistema de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 35 del Decreto 1990, pues al momento de proferirse la Resolución SUB 109337 del 28 de junio de 2017, se observó que el actor se encontraba realizando cotizaciones a través de la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA sin acreditar la novedad del retiro.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del tema de decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación presentado por la parte demandante y el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia del 19 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, que resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción y demás excepciones propuestas por la demandada.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante PIO GERARDO DE LA ASCENCIÓN DÍAZ ALVARADO el retroactivo de la pensión de vejez causada dentro del 1 de julio de 2017 hasta el 31 de octubre de 2017, fecha en que empezó la inclusión en nómina realizado por la entidad, el cual corresponde a la suma de \$10.508.918, así mismo los intereses moratorios del artículo 41 de la Ley 1993, causados sobre las mesadas pensionales mencionadas, hasta el momento que sea efectivo el pago de las mismas.

TERCERO: CONDENAR en costas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

CUARTO: CONSULTAR esta providencia de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS”.

2.2. Fundamentos de la decisión de primera instancia.

La Jueza *a quo* fundamentó su decisión en lo siguiente:

- Afirma, que resulta aplicable el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, ya que, en este caso, se evidenció, que los empleadores acreditaron el retiro del demandante para el último ciclo de cotización de junio del 2017, y a su vez, tiene como conclusión, que la parte demandada suspendió el pago de la prestación injustificadamente al momento de proferir La Resolución No. SUB109337 del 28 de junio de 2017, al

exigirle al actor que presentara el acto administrativo de retiro del servicio público, cuando este estuvo vinculado a la Universidad de Pamplona como profesor de cátedra y conforme al artículo 73 de la Ley 30 de 1992, no tenía la condición ni de empleado público, ni de trabajador oficial.

- Por ello, pese a que solicitó la información a través de los autos que se surtieron en el trámite administrativo, apenas obtuvo la información en la cual se verificaba la condición del demandante en cuanto a su vinculación laboral con la Universidad de Pamplona, tenía la obligación de corregir la omisión presentada al momento de proferir el acto administrativo y reconocer al actor el retroactivo pensional desde el momento que se acreditó el retiro del sistema que fue debidamente comunicado por los empleadores; y de ello hay constancia tanto en la historia laboral obrante a folio 49, como en el documento obrante a folio 11 del expediente.
- En consecuencia, consideró, que es procedente el reconocimiento de las mesadas pensionales causadas desde el 01/07/2017 hasta el 31/10/2017 y los intereses moratorios consagrados en el art.141 de la Ley 100 de 1993 hasta el momento que se haga efectivo su pago, pues en este caso, no hay lugar aplicar el criterio de exoneración que fijó la Corte Suprema de Justicia en la Sub Sala de Casación Laboral, debido a que el reconocimiento del retroactivo pensional al demandante se está realizando, por estricta aplicación del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, y si se había realizado la novedad de retiro de sistema y no obedece a la acreditación de un criterio jurisprudencial.
- Así mismo, como quiera que COLPENSIONES fue vencida en el proceso, hay lugar a condenar en costas, no siendo admisibles los argumentos planteados por esta entidad en los alegatos de conclusión respecto a la exoneración de las costas en razón a que ellas responden a un criterio objetivo en cuanto exista una oposición a la demanda y sean vencidas dentro del proceso.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1 De la parte demandada COLPENSIONES

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- La Resolución 109337 de 2017, reconoció la pensión de vejez por \$2.627.230 pesos al señor Pio Gerardo Díaz Alvarado, sin el pago de un retroactivo pensional y en suspenso hasta corroborar que efectivamente exista una novedad de retiro por parte del empleador al afiliado.
- Que, el demandante dice que la última cotización fue en mayo de 2017, pero COLPENSIONES dentro de la historia laboral no reporta esa novedad de retiro, no la encuentra, el empleador nunca la hizo, y el señor Pio Gerardo presenta cotizaciones incluso en los meses de agosto y septiembre, por lo tanto, no es claro frente a la entidad, realmente cuales son las condiciones del señor Pio Gerardo para poder

acceder o no a la pensión de vejez, que si bien le fue reconocidas, todavía no podía ser pagada.

- Que el 28 de junio de 2017, COLPENSIONES le solicitó a la universidad informar el estado de la vinculación del señor Pio Gerardo Díaz Alvarado, y esta solicitud fue reiterada por parte de COLPENSIONES, pero solo hasta octubre de 2017, la universidad le manifiesta a COLPENSIONES, que el señor Pio Gerardo Díaz Alvarado, estaba vinculado a la universidad por medio de contrato laboral, y con la nueva información brindada por la Universidad en Octubre de 2017, es cuando COLPENSIONES logra y puede hacer un estudio de su situación pensional para finalmente ordenar la inclusión en nómina, mediante la Resolución SUB230576 de 2017, y hace su inclusión mediante la Resolución Sub.109337 del 28 de junio de 2017, que sería pagada a partir de 01 de noviembre de 2017, en una cuantía de \$2.627.230.
- Agregó, que una vez, COLPENSIONES revisa la historia laboral del demandante, concluyó, que no es procedente por parte de la entidad el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, desde el 01 julio de 2017, pues su reconocimiento se dio para el ciclo 09, es decir, en septiembre, con el empleador, CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE.
- Y verificada la historia laboral, se evidenció novedad de retiro mediante La Resolución SUB.230576 de 2017, el 18 de octubre de 2017, en donde se reconoció la prestación al día siguiente del último periodo de cotización, encontrándose ajustada a derecho, es decir, el 01 de noviembre de 2017, por lo que, para acceder a la pensión de vejez del demandante, se tomó en cuenta hasta la última semana cotizada por el afiliado

4. ALEGATOS

De conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión.

- **Parte Demandante:**

No presentó alegatos.

- **Parte Demandada:**

La apoderada de Colpensiones indicó que el actor no logro demostrar en sede judicial que fuera acreedor al retroactivo pensional desde el 01 de junio de 2017, pues su última cotización se dio para el ciclo de 09-2017, con el empleador CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE y verificada la historia laboral se evidencia novedad de retiro, mediante Resolución SUB 230576 de 18 de octubre de 2017, se reconoció la prestación al día siguiente del último periodo de cotización, encontrándose ajustada a derecho, es decir 01 de noviembre de 2017, sería improcedente acceder a la pretensión de la demanda, como quiera que se tomó en cuenta hasta la última semana cotizada, dando cumplimiento a las normas descritas, por lo que solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en el libelo demandatorio.

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. DEL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se va a desarrollar en el presente caso es el siguiente:

¿Si el demandante Señor PIO GERARDO DE LA ASCENCIÓN DÍAZ ALVARADO tiene derecho a disfrutar de su pensión de vejez en una fecha anterior a la reconocida por COLPENSIONES desde la Resolución SUB230576 de 2017, y a percibir el respectivo retroactivo?

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 13 y 35 de del Acuerdo 049 de 1990, normas sobre la causación y disfrute de la pensión.

6.2. Decisión de Fondo

En el presente caso, el Señor PIO GERARDO DE LA ASCENCIÓN DÍAZ ALVARADO, mediante apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se reconozca la pensión de vejez desde el 1º de junio de 2017, fecha de la última cotización al sistema, y hasta el momento en que se incluyó en nómina de pensionados 1 de julio de 2018; junto con la mesada adicional que corresponde al mes de junio, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

La demandada Colpensiones, se opone a que se declare el reconocimiento y pago del retroactivo pensional que reclama el demandante en el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2017 al 1 de julio de 2018, al considerar, que el señor PIO GERARDO DE LA ASCENCIÓN DÍAZ ALVARADO no efectuó su desafiliación total al sistema de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 35 del Decreto 1990, ya que al momento de proferirse La Resolución SUB 109337 del 28 de junio de 2017, se observó que el actor se encontraba realizando cotizaciones a través de la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA sin acreditar la novedad del retiro.

La jueza de instancia, accedió a las pretensiones de la demanda, indicando, que se verificó la condición del demandante en cuanto a su vinculación laboral con la Universidad de Pamplona como profesor de cátedra y conforme al artículo 73 de la Ley 30 de 1992, no tenía la condición ni de empleado público, ni de trabajador oficial, por lo que la demandada tenía la obligación de corregir la omisión presentada al momento de proferir el acto administrativo y reconocer al actor el retroactivo pensional desde el momento que se acreditó el retiro del sistema que fue debidamente comunicado por los empleadores.

Esta decisión fue impugnada por Colpensiones al señalar que, si bien el demandante dice que la última cotización fue en mayo de 2017, COLPENSIONES dentro de la historia laboral no se reporta esa novedad de retiro, por lo que mediante Resolución SUB230576 del 18 de octubre de 2017, reconoció la prestación al día siguiente del último periodo de cotización, encontrándose ajustada a derecho.

Conforme a lo anterior, y en atención al problema jurídico anteriormente planteado, le corresponde a la Sala determinar si asiste razón a la parte demandante Señor PIO GERARDO DE LA ASCENCIÓN DÍAZ ALVARADO al reclamar que COLPENSIONES le reconozca la pensión de vejez desde el 1º de junio de 2017, fecha de la última cotización al sistema, y si como consecuencia de ello, hay lugar al retroactivo pensional causado desde esa fecha hasta el 1 de julio de 2018, fecha anterior a la inclusión en nómina.

Para resolver este asunto, se hace indispensable hacer un recuento de la actuación en sede administrativa, para lo cual se demostró en el proceso lo siguiente:

- Que, el Señor PIO GERARDO DE LA ASCENCIÓN DÍAZ ALVARADO, nació el 22 de mayo de 1952, y en enero de 2017, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual, le fue negada inicialmente mediante Resolución No. GNR 4128 del 10 de enero de 2017, por no ser beneficiario del régimen de transición y no reunir los requisitos de la Ley 797 de 2003. (Fol. 5)

- Que, la anterior resolución se notificó el día 13 de enero de 2017, y el Señor DÍAZ ALVARADO, en escrito presentado el 20 de enero de 2017, interpuso recurso de reposición en subsidio apelación, señalando, que acreditaba los requisitos de edad y semanas de cotización para acceder a la pensión (Fol. 5-17).

- Mediante Resolución SUB 109337 del 28 de junio de 2017, se revocó la Resolución GNR 4128 del 10 de enero de 2017, y en su lugar se le concedió la pensión de vejez en cuantía de \$2.627.230; sin embargo, se indica, en dicho acto administrativo que sería ingresado en nómina cuando se radicara el acto administrativo de retiro al servicio público del demandante.

- En Auto de Prueba APSUB 3688 del 18 de septiembre de 2017, obrante en el expediente administrativo, se indicó que el actor solicitó el 16 de agosto de 2017, que se realizara el nuevo estudio de la pensión y se ordenara la reliquidación de la pensión de vejez y la inclusión en nómina, no obstante, se le requirió para que aportara copia del acto administrativo de retiro de la Universidad de Pamplona – Norte de Santander.

- Contra el anterior auto de prueba decretada por Colpensiones, el actor interpuso recurso de reposición solicitando la inclusión en nómina de una pensión mensual vitalicia de vejez radicado bajo el No. 2017-10574400, allegando documento en el que se certifica que la vinculación del asegurado con la Universidad de Pamplona se realizó a través de un contrato de prestación de servicios no ostentando la calidad de servidor público ni funcionario de la misma entidad.

- Que en acto AASUB del 10 de noviembre de 2017, obrante en el expediente administrativo, se indicó, que se allegó certificación por parte de la Universidad de Pamplona en donde se constata celebrado entre DÍAZ ALVARADO y la misma institución constituye un contrato individual de trabajo de profesor hora cátedra de la universidad, siendo el mismo, un contrato por prestación de servicios, y se ordenó el archivo.

- Igualmente, en el expediente administrativo obra oficio de fecha 14 de agosto de 2017, suscrito por la oficina de gestión de talento humano de la Universidad de Pamplona y dirigido a Colpensiones, en donde le informa que a partir de la vinculación como docente de hora cátedra para el segundo periodo académico de 2017, iniciada desde el 8 de agosto del 2017, no se le realizaron aportes de seguridad social en pensiones en concordancia con la resolución SUB 109337 del 28 de junio de 2017, por el cual Colpensiones le reconoció pensión, adjuntando planilla de aportes con novedad de retiro de la terminación de contrato el 16 de junio de 2017.

- Seguidamente en oficio del 2 de octubre de 2017, obrante el expediente administrativo, la Universidad de Pamplona le informa a Colpensiones que teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 4º del Decreto 1279 de 2002, los profesores de hora cátedra de las Universidades estatales y oficiales distintas a la Universidad Nacional de Colombia no son empleados públicos docentes de régimen especial ni pertenecen a la carrera profesoral y, por consiguiente sus condiciones salariales y prestacionales no están regidas por el presente decreto, sino por las reglas contractuales que en cada caso se convengan.

- Finalmente, de la historia laboral obrante en el expediente administrativo, se observa para el periodo de junio de 2017, una novedad de retiro por parte del empleador “Corporación Universidad Libre”.

De lo anterior se desprende, que, desde la expedición de la última resolución, la entidad accionada reconocía que el accionante tenía derecho al disfrute de su pensión de vejez desde el cumplimiento de edad y semanas, pero negó el retroactivo al no evidenciar la novedad de retiro del servicio público.

Sobre este asunto, se tiene que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado en el decreto 758 de 1990, estableció que *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma”*; complementando el artículo 35 de dicha normativa que *“Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión”*.

Este parámetro normativo, aplicado en sus decisiones administrativas por la entidad accionada COLPENSIONES, condiciona el disfrute de la pensión de vejez al reporte de la novedad de retiro del sistema general de pensiones del trabajador por parte de su último empleador o por su manifestación al fondo de pensiones de su voluntad; por lo que, en principio, asistiría razón a la accionada cuando manifiesta que su actuación se limita a la estricta sujeción de las condiciones establecidas en la norma para el disfrute de la pensión.

No obstante, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha calificado esta sujeción normativa como un criterio estricto y absoluto que no se compagina con los principios del derecho laboral y de la seguridad social, avalando un criterio más flexible para evaluar el reconocimiento del retroactivo pensional, aunque no se haya producido el retiro o desafiliación del sistema.

Este criterio, determina como punto de referencia el pago de los aportes o cotizaciones realizadas en el sistema de seguridad social en pensiones realizadas por un afiliado, entendiendo entonces que, si el mismo pese a que cumplió con los requisitos para acceder a las prestaciones mencionadas, continúa realizando cotizaciones, significa que este desea permanecer afiliado.

Si por el contrario, pese a que no se hubiera presentado la novedad del retiro por parte del empleador, el trabajador solicita el reconocimiento de la prestación y deja de realizar cotizaciones en el sistema, es clara su intención de des-afiliarse y obtener el reconocimiento efectivo de la prestación a cuyo derecho tiene por haber cumplido los requisitos establecidos en la ley.

Por lo tanto, el requisito de desafiliación no debe entenderse como absoluto y se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso, para establecer la procedencia del retroactivo pensional, siendo este el criterio que estableció la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 32690 del 20 de octubre del 2010.

Esta conclusión ha sido reiterada en decisiones de la Sala de Casación Laboral del presente año, providencias SL1744 de 2019, SL1667 de 2019 y SL213 de 2019, donde se recuerda que el disfrute de la pensión *“debe analizarse de manera particular cada caso en concreto, pues existen situaciones especiales en la cuales la data de la desafiliación formal del sistema no coincide con la material, momentos en los cuales debe acudir al acervo probatorio, con el fin de establecer la realidad procesal del asunto controvertido, de manera que se pueda llegar a concluirse que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación física del sistema”*.

En esta medida, analizando el caso particular del Señor PIO GERARDO DE LA ASCENCIÓN DÍAZ ALVARADO, asiste razón a la jueza a quo, al concluir que su derecho a disfrutar de la pensión no puede atarse a la estricta interpretación normativa de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, pues se evidencia, que desde el mes de junio del año 2017, ya contaba con los requisitos de edad y semanas, por lo que elevó su solicitud pensional a COLPENSIONES, fecha para la cual, su empleador Universidad de Pamplona y Universidad Libre ya habían reportado la novedad de retiro, tal y como se evidenció de la planilla de aportes con novedad de retiro adjuntada al oficio de fecha 14 de agosto de 2017, que fue enviado por la Universidad de Pamplona a Colpensiones, y con la historia laboral del actor obrante en el expediente.

Y si bien, en esta historia laboral, se constata que el Señor PIO GERRADO registro posteriormente, unas ultimas cotizaciones en la “Corporación Universidad Libre” para el mes de agosto de 2020, pese a que ya se había reportado la novedad de retiro para junio de 2017, estas cotizaciones no pueden considerarse válidas, dado de que antes de la expedición de la Resolución No.SUB1099337 de 2017, el actor había solicitado

reconocimiento de su prestación y los empleadores ya habían reportado la novedad de retiro, para el ciclo de junio de 2017.

Por ende, de lo anterior se entiende que no existía un verdadero deseo de cotización al sistema y ya se habían cumplido los requisitos de edad y número de semanas que se exigen para la pensión de vejez, acreditándose entonces los requisitos del artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, para no solamente causar el derecho a la pensión de vejez, sino para acceder a su disfrute a partir del día siguiente de la novedad de retiro del sistema, por lo que se despachará desfavorablemente la oposición esbozada por la apoderada de Colpensiones en su recurso de apelación.

En consecuencia, esta Sala coincide con la decisión de primera instancia que reconoció el derecho del Señor PIO GERARDO al pago de sus mesadas pensionales con anterioridad a la fecha de disfrute reconocida por COLPENSIONES, y confirmará la decisión de la Juez *a quo* que dispuso ordenar el pago del retroactivo reclamado en la demanda a partir del 1° de julio de 2017 hasta el 31 de octubre de 2017, día anterior a su reconocimiento efectivo; suma que se liquida en \$10.508.920, luego de multiplicar la mesada pensional de \$2.627.230 por los 4 meses en que se dejó de cancelar la misma.

Sobre el fenómeno prescriptivo, se advierte según la exposición de antecedentes apreciada en el expediente digital, que el derecho al retroactivo se causó con el reconocimiento de la pensión con la Resolución SUB 109337 del 28 de junio de 2017, que revocó la Resolución GNR 4128 del 10 de enero de 2017, y en su lugar concedió la pensión de vejez en cuantía de \$2.627.230.

El 16 de agosto de 2017, el actor solicitó que se realizara el nuevo estudio de la pensión y se ordenara la reliquidación de la pensión de vejez y la inclusión en nómina, la cual fue resuelta de manera desfavorable mediante acto administrativo AASUB del 10 de noviembre de 2017; de manera que entre el derecho y la reclamación no transcurrieron los 3 años que configuran la prescripción, y la demanda fue presentada el 16 de enero de 2019, no se encuentra demostrada la excepción propuesta de prescripción.

Ahora, respecto a los intereses moratorios solicitados en la demanda, respecto a este retroactivo, debe indicarse que en virtud de lo establecido en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, estos operan en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esa ley, y por ende, la entidad correspondiente debe reconocer y pagar al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Dicha norma, tiene como finalidad que los pensionados reciban puntualmente sus mesadas pensionales, pues en caso de retardo en el pago de las mismas, lo que se pretende con ello es reparar los perjuicios que se ocasionan por la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, protegiendo, por ende, a esas personas que, por sus condiciones físicas, de edad o de enfermedad se encuentran imposibilitadas para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia o la de su familia.

En este caso, tenemos que se evidenció que los empleadores, Corporación Universidad Libre y Universidad de Pamplona, acreditaron la novedad de retiro para el último ciclo de cotización de junio de 2017.

A su vez, la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, suspendió el pago de la prestación injustificadamente al momento de expedir la resolución No. SUB109337 del 28 de junio de 2017 al exigirle al actor que presentara el acto administrativo de retiro al servicio público, cuando este estuvo vinculado a la universidad de Pamplona como profesor Hora Cátedra y conforme al artículo 73 de la ley 30 de 1992, estos no tenían la condición ni de empleado público ni de trabajador oficial.

Por lo anterior, pese a que Colpensiones solicitó la información por medio de los autos de prueba que ser surtieron en el trámite administrativo, apenas obtuvo la información, en la cual se verificaba la condición del demandante en cuanto a su vinculación laboral con la Universidad de Pamplona, debía corregir la información presentada al momento de expedir el acto administrativo y reconocerle al actor el retroactivo pensional desde el momento en que se dio el retiro del sistema, que fue debidamente comunicado por los empleadores, de lo cual hay soporte en la historia laboral obrante en el folio 49 como en el documento obrante folio 11 del expediente.

Por ello, considera la Sala, que son procedentes el reconocimiento de los intereses moratorios considerados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las mesadas pensionales causadas desde el 01 de julio de 2017 hasta el 31 de octubre de 2017, hasta el momento en que se haga efectivos su pago y se precisa que, en este caso, no hay lugar a aplicar el criterio de exoneración que dijo la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en la sentencia radicado No. 4002 del 06 de noviembre de 2013, debido a que el reconocimiento del retroactivo pensional del demandante se está realizando en este caso por estricta aplicación del artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, en cuanto si se había realizado la novedad de retiro del sistema no obedece a un criterio jurisprudencia.

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la entidad demandada por no haber prosperado su recurso de apelación, fijando como agencias en derecho a favor de la actora la suma de un salario mínimo mensual legal vigente.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada de fecha 19 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR como condena en concreto que el reconocimiento como retroactivo causado entre el 1° de julio de 2017 hasta el 31 de octubre de 2017, fecha en que se dio la inclusión en nómina, asciende a la suma de **\$10.508.920**, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: CONDENAR en costas en segunda instancia por la suma correspondiente en UN (1) S.M.L.M.V a la demandada COLPENSIONES

como apelante vencida, en favor de PIO GERARDO DE LA ASCENCIÓN DÍAZ ALVARADO.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Nidia Belen Quintero G.

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



ELVER NARANJO

Magistrado



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 29 de junio de 2021.



Secretario



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

Veintiocho (28) de Junio de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2019-00141-00
RADICADO INTERNO:	19.181
DEMANDANTE:	CARLOS TOMÁS MUÑOZ FRANCO
DEMANDADO:	TORRES IMPRESORES S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CARLOS TOMÁS MUÑOZ FRANCO contra TORRES IMPRESORES S.A.S., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2019-00141-00, y Radicación interna N° 19.181 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 15 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor CARLOS TOMÁS MUÑOZ FRANCO, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra TORRES IMPRESORES S.A.S. para que se reconozca la existencia de un contrato de trabajo entre el 3 de mayo de 2003 al 15 de junio de 2017, finalizado por causa imputable al empleador, para que se condene al pago de indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria por no pago oportuno de las prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social del 3 de mayo de 2003 al 1 de marzo de 2014, del 1 de diciembre de 2014 al 1 de febrero de 2015 y del 1 de diciembre de 2016 al 1 de abril de 2017 que fueron evadidas.

Como fundamento fáctico, refiere:

- Que, el 3 de mayo de 2003 se acordó verbalmente un contrato de trabajo a término indefinido con La Empresa de CARLOS ARTURO TORRES HERRERA, que cambió de razón social a TORRES IMPRESORES y posteriormente a TORRES IMPRESORES S.A.S.; donde ejerció labores de litógrafo, cumpliendo horario de lunes a viernes de 8 a.m. a 12 p.m. y de 1 a 6 p.m., y los sábados de 7:30 a.m. a 12:30 p.m., por 50 horas semanales.

- Que, inicialmente ingresó devengando \$474.760 más auxilio de transporte por \$37.000 mensuales y para 2017 ascendía a \$1.305.860 más auxilio de transporte por \$83.140, y la labor encomendada se mantuvo hasta el 15 de junio de 2017, cuando se le notificó de manera escrita y sin previo aviso la terminación alegando la difícil situación económica de la empresa.
- Que, la empresa sigue activa, renovada en cámara de comercio, abierta al público y generando ganancias.
- Que, la empresa evadió el pago integral de aportes a seguridad social, lo que le imposibilita acceder a su pensión de vejez pese a tener la edad, por lo que se citó a conciliación al empleador, pero la misma fue declarada fracasada

La demandada TORRES IMPRESORES S.A.S. contestó a la demanda, pero la misma se tuvo por no presentada en auto del 9 de diciembre de 2019, al no haberse subsanado los defectos señalados en providencia del 16 de agosto de 2019.

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 15 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor CARLOS TOMÁS MUÑOZ FRANCO y la empresa TORRES IMPRESORES SAS, existió un contrato de trabajo desde el 13 de noviembre de 2003 hasta el 15 de junio de 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa TORRES IMPRESORES SAS a reconocer y pagar al señor CARLOS TOMÁS MUÑOZ FRANCO, la indemnización por despido contemplada en el artículo 64 del CST, con base en el último salario devengado de \$1.305.860 y el tiempo de servicio prestado desde el 13 de noviembre de 2003 al 15 de junio de 2017, que arroja un total de \$12.267.829.22, que deberá ser indexada al momento de su pago.

TERCERO: ORDENAR a la empresa TORRES IMPRESORES SAS a realizar ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el pago de los aportes pensionales a favor del demandante CARLOS TOMÁS MUÑOZ FRANCO por el periodo que va del 13 de noviembre de 2003 al 28 de febrero de 2014, del 01 de diciembre de 2014 al 28 de marzo de 2015, del 01 de octubre de 2016 al 30 de marzo de 2017, los cuales deberán ser efectuados con los salarios devengados por el actor durante dichos periodos, y solicitando previamente el cálculo actuarial ante la AFP.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada.

QUINTO: ABSOLVER al demandado de las demás pretensiones.

2.2. Fundamento de la decisión.

El juez de primera instancia la fundamentó en los siguientes términos:

- Que, el problema jurídico gira en torno a determinar si existió entre las partes un contrato de trabajo entre el 13 de noviembre de 2003 y el 15 de junio de 2017, para verificar si ante la terminación se causó las indemnizaciones por despido injusto y moratoria del artículo 65 del C.S.T. y si se dejaron de cotizar los aportes a seguridad social en pensiones. Sin oposición de la demandada, al no tenerse como contestada la demanda.

- Sobre la prestación de servicios, señala, que los testigos CARMEN CECILIA MONCADA, VÍCTOR ALFONSO CALDERÓN y EUMELIA MENDOZA no demostraron tener conocimiento creíble ni suficiente sobre la actividad que el actor afirmó haber desplegado en la empresa demandada; al evidenciarse poca capacidad de recordar y enunciar hechos personales luego de 17 años de ocurridos.

- Pese a lo anterior, refiere, que se aportó una certificación laboral, a folio 28, expedida el 14 de noviembre de 2013 donde se deja constancia de las labores prestadas desde hace más de 10 años desde su expedición y que fuera aceptado en el interrogatorio de parte; así como la fecha final, que según documento visto a folio 24 y reconocido por el demandado, lo sitúa el 15 de junio de 2017.

- En cuanto a la modalidad contractual, si bien el demandado en el interrogatorio señaló que se liquidaba anualmente y existían interrupciones, la certificación laboral no dejó constancia de ello y al no demostrarse la celebración por escrito de contratos a término fijo, se presume la existencia de un contrato a término indefinido según el artículo 46 del C.S.T., vigente entre el 13 de noviembre de 2003 y el 15 de junio de 2017.

- Abordando la indemnización por despido injusto, señala, que la empresa no reconoció la carta de despido obrante a folio 23 por no corresponder a su firma, lo que se puede corroborar al no coincidir con la firma vista a folio 28; no obstante, el demandado en el interrogatorio aceptó haber finalizado el vínculo por las dificultades económicas del comercio, lo que no constituye justa causa para despido y hace procedente la indemnización que conforme al tiempo de servicios asciende a \$12.267.829,22, para lo cual no se tuvo en cuenta el auxilio de transporte, sino el último salario reconocido en \$1.305.860.

- Respecto a la indemnización moratoria, procede a absolver sobre la misma al no demostrarse la existencia de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales; sin que la indemnización por despido injusto de lugar a esta otra sanción.

- Finalmente, teniendo el empleador el deber de responder por el pago de las cotizaciones obligatorias a seguridad social, conforme al artículo 22 de la Ley 100 de 1993; verificado el historial de cotizaciones solo se le hicieron cotizaciones desde el 01 de marzo de 2014 al 30 de noviembre de 2014, desde el 01 de marzo de 2015 al 30 de septiembre de 2016 y del 01 de abril de 2017 al 30 de junio de 2017, omitiendo gran parte del período laboral que debe ser cubierto mediante el respectivo cálculo actuarial, siendo incorrecto que se pretenda declarar una relación diferente o declarar que mutó de término fijo a indefinido. Que al finalizar la relación no se adeudaba concepto alguno al actor y la terminación obedeció a la difícil situación de tipo económica que atravesaba la sociedad y ante la imposibilidad de mantener toda su nómina.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada

El apoderado de la empresa demandada, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando, que la relación laboral entre el señor CARLOS TORRES y CARLOS MUÑOZ se vio interrumpida anualmente por lapsos de tiempo de 60 días, configurándose la figura de la no continuidad; es decir, se generaba un contrato laboral nuevo cada año y no uno continuo desde el 2003 hasta el 2017, como fue manifestado en la sentencia.

Agregó, conforme a las pruebas aportadas y las liquidaciones se puede observar que se liquidaba anualmente al señor CARLOS MUÑOZ, con lo que se desprende que efectivamente cada 15 de diciembre finalizaba la vinculación y se reanudaba el 15 de febrero de cada año siguiente.

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 actora señaló su conformidad con el fallo de primera instancia; dado que está documentalmente demostrada la relación laboral entre las partes del 13 de noviembre de 2003 al 15 de junio de 2017, mediante los reportes de cotizaciones, certificaciones laborales, carta de terminación y liquidación; así como por los testimonios de Carmen Cecilia Moncada, Emelina Mendoza de Campos y Víctor Alfonso Calderón, quienes corroboraron el servicio prestado por el actor. Que en audiencia se admitió el impago de las prestaciones de seguridad social, alegando imposibilidad económica y sin tener en cuenta los efectos de esta decisión sobre una posible pensión de vejez, existiendo además un daño sobre el valor de la misma al ordenarse pagar por el mínimo y no el salario realmente devengado.

• PARTE DEMANDADA:

La apoderada de la parte demandada manifestó que la parte demandante no logró demostrar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, toda vez, que las pruebas testimoniales se limitaron a ubicar al señor CARLOS TOMÁS MUÑOZ FRANCO en la tipografía sin conocimiento de la clase de relación; siendo testigos poco creíbles, preparados y lo que en realidad existió fueron relaciones anuales de febrero a diciembre de cada año, interrumpida por 60 días cada vez como consta en las liquidaciones de prestaciones aportadas y en las novedades de retiro de Colpensiones. Que el actor confesó la ausencia de contrataciones en esos períodos y lo aceptó, pues nunca objetó esto en el curso de la relación y al ser liquidado aceptaba el paz y salvo.

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 de un contrato de trabajo a término indefinido, continuo e ininterrumpido entre el señor CARLOS TOMÁS MUÑOZ FRANCO como trabajador y la empresa TORRES IMPRESORES S.A.S., como empleadora entre el 13 de noviembre de 2003 hasta el 15 de junio de 2017?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar si entre el demandante CARLOS TOMÁS MUÑOZ FRANCO y la empresa demandada TORRES IMPRESORES S.A.S., existió un único contrato de trabajo a término indefinido, continuo e ininterrumpido entre el 13 de noviembre de 2003 y el 15 de junio de 2017, en virtud de lo cual modificar las condenas impuestas por despido injusto y cotización de aportes reconocidas en primera instancia.

La jueza *a quo* descartó la credibilidad de los testigos, por no evidenciarse conocimiento suficiente y admisible sobre la relación laboral, pero al aportarse un certificado laboral de noviembre de 2013 afirmando más de 10 años de servicio y habiendo confesado el demandado en su interrogatorio la expedición de ese documento, así como de la decisión de terminar el contrato en junio de 2017, por problemas económicos; declaró, la existencia de un contrato a término indefinido entre esas fechas al no demostrarse debidamente las alegadas interrupciones o la suscripción de contratos a término fijo, por lo que accedió a las condenas de indemnización por despido injusto liquidada sobre el tiempo de servicios y al pago de aportes omitidos; conclusión a la que se opone el apelante, al estimar que las condenas impuestas debieron haber contemplado la realidad que consistía en una relación no continua, que iniciaba cada año el 15 de febrero y finalizaba el 15 de septiembre entre 2003 hasta el 15 de junio de 2017, según se demostró con las liquidaciones anuales y donde se evidencia la interrupción por 60 días cada año.

De manera preliminar, se advierte que conforme al principio de consonancia del artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., al no presentar apelación la parte demandante no es posible pronunciarse respecto de las pretensiones que no fueron impuestas en primera instancia como la indemnización moratoria o una fecha anterior como extremo inicial; respecto de la parte demandada, su argumento se enfila exclusivamente a revisar la existencia de una única relación laboral entre las partes, por estimar que realmente hubo diferentes contratos anuales con interrupciones de 60 días entre sí, por lo que esta instancia limitará su estudio sobre este aspecto.

En esa medida, entre las partes nunca hubo controversia sobre la existencia de una relación laboral sino de la modalidad bajo la que se ejecutó y el tiempo de servicios realmente prestado; se advierte, que en el trámite procesal la parte demandada presentó oportunamente su contestación a la demanda,

pero la misma fue declarada inadmisibile en auto del 16 de agosto de 2019 y al no subsanarse, se dio por no contestada.

Lo anterior, genera dos consecuencias procesales diferentes: en primer lugar, conforme al parágrafo segundo del artículo 31 del C.P.T.Y.S.S., *“La falta de contestación de la demanda dentro del término legal se tendrá como indicio grave en contra del demandado”* y en segunda medida, que los documentos aportados con ella que se pretendían hacer valer como pruebas, no ingresan al acervo probatorio al dejarse vencer la oportunidad debida.

De conformidad con el artículo 60 del C.P.T.Y.S.S., *“El Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo”*; igualmente el artículo 164 del C.G.P., refiere que *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.”*; sobre la debida interpretación de este principio de oportunidad probatoria, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL170 de 2021 explica:

*“Debe recordarse lo que la jurisprudencia de la Sala ha sostenido invariablemente sobre la validez de las pruebas, en el sentido que, de conformidad con lo previsto en el art. 60 del CPT y de la SS, los jueces al proferir la decisión deben analizar solo aquellas que fueron regular y oportunamente allegadas al proceso, esto es, aquellas presentadas: i) con la demanda inicial o su contestación; ii) con la reforma a la demanda o su contestación, o; iii) en el transcurso del proceso, cuando no se tengan en su poder, antes de la decisión que ponga fin a la instancia, **siempre que hubieran sido solicitadas y decretadas como prueba.**”*

Bajo este parámetro legal y jurisprudencial, se advierte que los documentos vistos entre folios 49 a 63, en los cuáles basa su argumento el apelante no cumplen con el requisito legal de haber sido aportados en la oportunidad legal correspondiente pues el demandado dejó fenecer el término para subsanar la contestación y la misma se tuvo por no presentada; además como consta en el acta de la audiencia del 2 de marzo de 2020, tampoco fueron incorporadas por la jueza *a quo* en la etapa probatoria.

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”*. 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 (...)”.

Por lo anterior, para resolver el problema jurídico solo puede acudir a las pruebas decretadas a favor de la parte demandante; y de estas, las que permiten resolver el problema jurídico son:

- Certificado laboral expedido el 14 de noviembre de 2013 suscrito por CARLOS ARTURO TORRES HERRERA donde deja constancia de que CARLOS TOMÁS MUÑOZ labora en la empresa TORRES IMPRESORES, hace 10 años como litógrafo impresor con un sueldo de \$1.200.000. (Fol. 28)
- Certificado del 22 de febrero de 2018 informando que el actor laboró como litógrafo impresor, pero sin aclarar fechas (Fol. 29)
- Oficio del 15 de junio de 2017, suscrito por CARLOS ARTURO TORRES HERRERA, informando al señor MUÑOZ FRANCO la decisión de terminar la relación por la difícil situación económica de la empresa. (Fol. 23)
- Liquidación de prestaciones sociales del año 2017, suscrita por empleador y trabajador, donde se cancelan cesantías, primas, intereses sobre cesantías y vacaciones causados entre el 15 de febrero al 15 de junio de 2017. (Fol. 24)

En primer lugar, conforme al artículo 244 del C.G.P., *“Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso”*. Por ello, como se declaró no contestada la demanda, se advierte que se dejó vencer la oportunidad de tachar de falso o desconocer los mismos. De manera que estos documentos se presumen y valorarán como auténticos.

En segunda medida, cualquier manifestación realizada por el representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte que le favorezca no puede constituir prueba en su propio beneficio, pues a ninguna parte le está permitido fabricar sus propias pruebas como ha explicado reiteradamente la jurisprudencia, en sentencias como SL1660 de 2021, SL1337 de 2021, entre otras.

Como destacó la *a quo*, se aportó una constancia laboral, lo que se identifica como un medio de prueba documental al que jurisprudencialmente se le ha reconocido una alta carga probatoria en favor de la parte demandante, como se explica en providencia SL2032 de 2018, donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia recuerda:

“Sobre el valor probatorio de los certificados laborales, esta Sala de la Corte en sentencia CSJ SL 8360, 8 mar. 1996, reiterada en SL 36748, 23 sep. 2009, SL 34393, 24 ago. 2010, SL 38666, 30 abr. 2013 y SL17514-2017, señaló:

El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el

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

En esa medida, aportada una constancia laboral entregada por el propio empleador, si este pretende desconocer su contenido, debe ejercer una alta carga probatoria que permita al juez tener certeza sobre la falta de veracidad de ese documento. Sin embargo, como se ha reiterado, la demandada no ejerció debidamente su actividad probatoria y si realmente desde el año 2003, había venido ejecutando una relación laboral anualizada, con interrupciones, esta es la información que debió haber consignado claramente en su momento, al expedir dicha certificación porque se correspondía con su deber de veracidad hacia quien dirigía esa constancia. Por lo que de esta prueba se desprende claramente que entre las partes hubo una relación laboral, al menos, desde el 14 de noviembre de 2003.

Igualmente, el certificado del 22 de febrero de 2018, si bien no contiene fechas para aclarar lo correspondiente a los extremos; también omite cualquier referencia a la existencia de múltiples contratos de trabajo a término fijo o de interrupciones en la prestación del servicio.

Sobre el extremo final, se destaca la carta de terminación de la relación laboral; si bien la misma, fue descartada por la jueza *a quo* alegando que no coincidía la firma como expuso el demandado en su interrogatorio de parte, y al negar que fuera su rúbrica, la autenticidad de este documento se presume al no haber sido tachado de falsedad y al no ser de recibo los dichos en su propio beneficio del demandado en su interrogatorio. Por ello, del contenido de esa misiva no se desprenden las características del contrato que está finalizando y de él solo se deriva conocimiento certero sobre la fecha de finalización y la razón de esta terminación.

Finalmente, la liquidación de prestaciones sociales de 2017 si bien identifica como extremos el 15 de febrero de 2017 y el 15 de junio de 2017, también señala que la modalidad del contrato fue verbal y no contiene información suficiente para descartar la continuidad que se deriva de los certificados laborales.

En consecuencia, las pruebas regular y oportunamente aportadas nada contienen que permita establecer la existencia de contratos de trabajo anualizados con interrupciones de 60 días entre cada uno, como alegó el apelante; por el contrario, de los certificados emanados por el mismo empleador se derivan los extremos temporales en que se ejecutó la relación y nada se advierte sobre soluciones de continuidad, con los cuáles modificar las condenas impuestas en primera instancia, sobre cuya procedencia y liquidación no hubo controversia por la demandada.

Por lo anterior, se confirmará íntegramente la sentencia apelada y se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$350.000.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia impugnada de fecha sentencia del 15 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho de segunda instancia a favor del demandante la suma de \$350.000.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de junio de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de Junio de Dos Mil Veintiuno (2021).

PROCESO:	EJECUTIVO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-3105-004-2012-00075-03
RADICADO INTERNO:	19.235
DEMANDANTE:	ERNESTO CÁRDENAS CASADIEGOS
DEMANDADO:	COLPENSIONES

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020, se corre traslado a la parte demandada en su calidad de apelante, para que en el término de cinco (05) días procedan a alegar de conclusión, vencido lo cual correrá el plazo para la parte demandante.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 29 de junio 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:

**00b87edbc45449395164a939b28b73d85b722936264830675b285ed44f44ed
1f**

Documento generado en 01/06/2021 03:37:49 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

Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 540013105004-2019-00200-00

Partida Tribunal: 19162

Demandante: ABEL IGNACIO CASTILLO
HERRERA

Demandada(o): COLPENSIONES / PORVENIR
S.A.

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE
SENTENCIA

San José de Cúcuta, veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de alzada presentados por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 20 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-004-2019-00200-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19162 promovido por el señor ABEL IGNACIO CASTILLO HERRERA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, 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

El demandante ABEL IGNACIO CASTILLO HERRERA demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada al FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS Y CESANTIAS PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene a el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de

los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

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 ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 1 de septiembre de 1993, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS).
2. Que el 1 de octubre de 1995, realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada **COLPENSIONES, S.A.**, ésta dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en el entendido que el demandante se afilió voluntariamente a PORVENIR, encontrándose incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PRETENDIDA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

Por su parte, PORVENIR S.A. indicó que se opone a las pretensiones principales y subsidiarias incoadas por el demandante, ya que en el traslado efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que el demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual.

Como de mérito propuso las excepciones que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O LA GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 20 de octubre de 2020, resolvió lo siguiente:

Primero: Declarar la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante señor ABEL IGNACIO CASTILLO HERRERA con CC. 91.241.375 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S. hoy por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN, afiliación efectiva a partir del primero del mes octavo del 95, conforme a lo considerado.

Segundo: Condenar al fondo pensional demandado PORVENIR S.A. quién representa el régimen de ahorro individual con solidaridad a que devuelva todos los valores que hubiere recibido desde el primero del mes octavo del 95 y hasta la fecha en que cumpla con ocasión de la afiliación del demandante a dicho fondo, que devolverá cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses cómo lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro art. 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797-2003 y literal b del art. 60 ley 100 de 1993, esa es la consecuencia de la ineficacia del traslado.

Tercero: Declarar que la parte demandante para los efectos pensionales se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S. hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A. a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

Cuarto: Declarar probada la excepción de mérito de buena fe, la que por sí sola no enerva lo pretendido por el actor, planteada por las partes.

Quinto: Declarar no probada la excepción de prescripción y demás propuestas conforme a lo considerado, sobre lo cual hay decisión ínsita sobre la sentencia.

Sexto: Condenar a COLPENSIONES a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PORVENIR S.A. por la cuenta del aquí demandante señor ABEL IGNACIO CASTILLO HERRERA con C.C. 91.241.375 y traducirlos en semanas cotizadas ese capital, de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.

Séptimo: Condenar en costas a favor de la parte demandante y en contra de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A. se absuelve a COLPENSIONES al no haber sido determinante del traslado conforme a lo previsto en el 365-1 del C.G.P. en concordancia con el acuerdo PSAA-16-10554 artículo 5 numeral 1, se fijan las agencias en (4) cuatro S.M.L.M.V. cada uno asciende \$877.803.º para un total global de \$3.511.212,º a cargo de la pasiva y a favor de la parte demandante, el salario mínimo es fijado por el decreto 2360 del 26-Dic-2019, concepto que se incluirá en su oportunidad en las costas.

Octavo: Ordenar así fuere apelado este fallo por COLPENSIONES, se surta el grado jurisdiccional de consulta ante el superior funcional en razón a que hay condena al imponerle una obligación a COLPENSIONES S.A.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad del trabajador a una vida digna, con una pensión por un valor mucho menor de mantenerse en el régimen, donde se está saltando la libertad de voluntad de escoger libremente el fondo por la parte interesada del afiliado, que tenía derecho a recibir una información veraz.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado. Señala que han pasado 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que el accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen.

Igualmente, que se parte de la buena fe de Porvenir S.A. que suministró esta información y que no hay ningún método idóneo o método probatorio que pueda demostrar una situación diferente, por cuanto esto no le era exigible a los fondos privados en ese momento.

Por último, señala que el motivo del traslado es el valor o monto pensional, que varía por condiciones ajenas a la afiliación por uno u otro régimen, no es directamente proporcional, afirmando que el demandante no reúne los requisitos.

PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que el traslado de régimen fue efectuado en el año de 1995, y para esa época, se encontraban vigentes las disposiciones del estatuto orgánico del sistema financiero, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y el artículo 11 del decreto 692 del 94; que estas disposiciones, y en especial del estatuto orgánico del sistema financiero del artículo 13 de la Ley 100 del 93, establecían obligaciones de dar información acerca de los traslados pero eran unas obligaciones de carácter genéricas o abstractas, que no establecían unos mínimos o unos máximos que debían cumplir los fondos de pensiones para entenderse que se habría producido el traslado en debida forma.

Precisó que el artículo 11 del decreto 692 del 94 establecía que como prueba única de que el traslado se realizó conforme a la Ley, se debía suscribir por parte del señor demandante en ese caso, un formulario de afiliación; que ese mismo decreto establecía cuál era el contenido de dicho formulario de afiliación, el cual era aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia; que los fondos de pensiones en este caso Porvenir s.a. obrando bajo los principios de la buena fe y la confianza legítima que le ofreció una institución del estado, como lo era la Superintendencia Financiera de Colombia, elaboró dicho formulario el cual fue manuscrito por el demandante y en el cual se deja como evidencia o prueba única o documental de que el traslado se dio conforme a la Ley, formulario este que no fue tachado de falso por la parte demandante luego tiene plena validez probatoria.

Que es solo a partir del año 2008, que la Corte Suprema de Justicia impone a los fondos de pensiones y cesantías una serie de cargas probatorias que exigen cumplimiento, lo que en el año de 1995 no se exigía.

Así mismo, no compartió el fallo en lo relacionado a que se debe devolver la totalidad de los descuentos realizados por el fondo; esto, dado que consideró que se ordena la retribución de todos los rendimientos que produjo esos aportes pensionales cuando estuvieron en Porvenir, pero se niega el derecho a Porvenir de descontar los gastos de administración, y a su vez, de también reconocer sumas como las primas que se pagaron para los seguros de invalidez, vejez y muerte, lo que, a su juicio, es un absurdo porque se incurre en una injusticia de parte del sistema judicial debido que además de llevarse el rendimiento, no se reconocen los gastos en los que incurrió el fondo, siendo claro el Código Civil cuando habla de las restituciones mutuas en los casos como el siguiente, en su artículo 964 inciso final dice: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”.

En relación con las primas pagadas por los seguros, informó que estas fueron sumas pagadas a favor de terceros como son las compañías de seguros, quienes prestaron sus servicios, es decir, quienes dieron cobertura durante

todo el tiempo que estuvo vigente la filiación del señor demandante con el fondo; que al ya haber sido pagados, son dineros que son difíciles de restituir por cuanto son unos pagos que se hacen a unos terceros ajenos los fondos, y hay que tener en cuenta que la fuente de esas obligaciones es de carácter legal.

Consideró que este reconocimiento hace que se incurra en un enriquecimiento sin causa y a favor de Colpensiones, entidad que además de recibir los rendimientos va a recibir estas sumas adicionales.

Ahora bien, en los que se refiere a la condena en costas alegó que cuatro salarios mínimos resultan excesivos en este caso, habida cuenta de los criterios establecido por el Consejo Superior de la Judicatura, es un proceso de una audiencia, y no hubo mayor actividad probatoria, simplemente se planteó un interrogatorio de parte y se aportaron las pruebas documentales, por lo tanto, manifestó que dicha suma resulta excesiva teniendo en cuenta la actividad desplegada por la parte demandante.

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.** Solicitó la parte que se ratifique el fallo proferido en primera instancia, toda vez que se ajusta a los lineamientos jurisprudenciales del caso que nos ocupa; que no logró demostrar PORVENIR que al afiliado se le brindara una asesoría clara, real, transparente y completa que le permitiera decidir entre permanecer en el RPMPD o trasladarse al RAIS, por lo tanto no puede argüirse que el traslado fue libre y voluntario.
- 2. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.** En sus alegatos de conclusión, la pasiva solicitó se revoque la sentencia proferida por el A quo, y en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Indicó que revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia vigente en la época del traslado; que La AFP PORVENIR informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; que, de hecho, además de los canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, PORVENIR S.A. junto con los demás fondos de pensiones realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de

comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y la demandante no hizo uso de esa legítimo derecho, por lo que nadie puede alegar su propia torpeza.

Respecto a la condena de que se restituyan con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A los gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en el fondo, precisó que no comparte esta condena, pues al declararse la ineficacia del traslado, se ordena como consecuencia de ello, una serie de restituciones, entre ellas los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional, por lo tanto, se debe acudir al Código Civil, como referente normativo en este asunto; que en tal sentido, el artículo 964 del CC, inciso final, claramente establece que toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos; que los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital.

- 3. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES.** Reiteró la parte en sus alegaciones, lo expuesto en la contestación a la demanda, resaltando que la parte demandante alega engaño por el fondo privado, al no brindar la información suficiente para realizar el traslado de régimen, sin embargo, su traslado se realizó de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para hacerlo, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido Colpensiones, sin que probara el engaño aducido a pesar de que la carga dinámica no es absoluta y obedece a la verificación de los escenarios particulares de cada asunto como la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, que para el caso de la demandante supera los 10 años.

Indicó que se debe tener en cuenta la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual se establecen los mecanismos para que tanto las AFP como Colpensiones realicen asesorías a partir de 01/10/2016 a las mujeres de 42 años o mayores, y hombres de 47 años o mayores, desde dicha fecha los ciudadanos no se podrán trasladar de Régimen sin antes haber recibido dicha asesoría, por lo cual dicha restricción no es retroactiva y comienza a regir a partir de la fecha dispuesta por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Que de esta forma, en el caso de ABEL IGNACIO CASTILLO HERRERA era imposible para Colpensiones brindar la asesoría referida pues para 2016 pertenecía al RAIS.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante ABEL IGNACIO CASTILLO HERRERA en el año 1995 a PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.
4. Por último, se revisará la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A.

ANÁLISIS PROBATORIO

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por el demandante como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por el demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del ISS a PORVENIR S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento del señor ABEL IGNACIO CASTILLO HERRERA para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta colegiatura precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

El artículo 97 de la ley 100 de 1.993, enmarcó a los fondos de pensiones como constitutivos de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, lo que conlleva a la exigencia del cuidado de los intereses de quienes se ligan a ellas, el que inicia desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

Por tanto se entiende que, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de carácter profesional** que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica un asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 “*por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones*” impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o

contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro que el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2015 y la circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

Por lo antes mencionado, los fondos de pensiones son entidades con responsabilidades profesionales, aspecto plenamente respaldado en los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y 1603 de C.C., por su responsabilidad en un tema tan técnico y profesional tienen el deber y la obligación de entregar una información clara y comprensible a las personas interesadas en adquirir sus servicios y afiliarse a las mismas.

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración esta que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL1452 de 2019).

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que el afiliado recibió la información adecuada, suficiente y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas

entidades fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su libelo introductorio, el señor ABEL IGNACIO CASTILLO HERRERA afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR, lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que el demandante ABEL IGNACIO CASTILLO HERRERA ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 1 de septiembre de 1993, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y que el 1 de octubre de 1995, realizó traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR.

Revisando las pruebas allegadas a los autos, se evidencia que si bien en el formato visto a folio 104 del expediente (189 del expediente digital), el cual fue suscrito por el demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas calidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR, S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este

caso en particular, suministró a el demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Así las cosas, en efecto, PORVENIR no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular del demandante.

Reiterándose que, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, el demandante en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte de la actora, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PORVENIR.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo el demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PORVENIR, y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual del demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable a el demandante ABEL IGNACIO CASTILLO HERRERA por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante en el mes de julio de 1995, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de

Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

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

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

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

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

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, sumas estas que se encuentran bajo la custodia de las Administradoras, y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Esto fue recientemente establecido por la HCSJ en su Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL2877 de 2020, donde se indicó lo siguiente:

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de

escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a la demandada a devolver “que devuelva todos los valores que hubiere recibido desde el primero del mes octavo del 95 y hasta la fecha en que cumpla con ocasión de la afiliación del demandante a dicho fondo, que devolverá cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses cómo lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro art. 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797-2003 y literal b del art. 60 ley 100 de 1993, esa es la consecuencia de la ineficacia del traslado.”

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

Dicho lo anterior es necesario para esta Sala, pronunciarse respecto de la excepción de prescripción formulada por las demandadas, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

La selección de régimen pensional es un acto derivado de la relación de afiliación (artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hoy modificado por el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que la circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad del demandante, precedido del deber del buen consejo por parte de la administradora de pensiones en la oferta precontractual de servicios que en el presente caso no se avizora, fue, en esencia, la forma en que nació a la vida jurídica el HECHO DE LA AFILIACION al régimen de ahorro individual, por lo tanto, esa concreta situación fáctica que resulta inherente a la consolidación del ESTATUS PENSIONAL del demandante no está sujeta al fenómeno de la prescripción, lo que igualmente se predica de la condición de afiliado y los actos que emanen de tal condición, pues de allí surge el derecho a percibir y disfrutar vitaliciamente de la respectiva pensión.

En ese sentido, podemos concluir que la condición de afiliado y por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, ha señalado que los elementos consustanciales de la pensión no prescriben, como es el caso, del factor porcentual de la mesada, el salario, los límites temporales del IBL y la indexación, por lo que, la afiliación y cualquier acto derivado de la misma en el sistema pensional, a pesar que no sea un factor cuantitativo del derecho, necesariamente deben calificarse como elementos esenciales de status pensional, porque recuérdese que de la validez jurídica de esos actos deriva no solo el régimen a aplicar al pensionado, sino también a cual la entidad administradora de fondos de pensiones le compete el reconocimiento y pago de una prestación económica.

En suma, al tener la afiliación y sus actos subsiguientes, una estrecha relación con el derecho pensional, valga decir, por ser inherentes al mismo, resulta viable formular los reparos correspondientes en cualquier tiempo, al punto que, si se pensara de forma contraria, ni si quiera sería viable el retorno al régimen de prima media, en el evento en que se cumpla el requisito de permanencia mínima, ni los traslados entre administradoras pensionales.

Es entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas.

Igualmente, este criterio de imprescriptibilidad tiene sustento en argumentos expuestos en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, en providencia STL4593 de 2015, Radicación 39718 siendo magistrado ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz, donde se señaló que la nulidad de traslado sería imprescriptible si estuviera estrechamente ligado con la adquisición del derecho pensional, como derecho fundamental y como prestación económica ligada al mínimo vital y al derecho al trabajo del demandante, y el mismo estuviere amenazado con la proposición del medio defensivo de la prescripción.

En virtud a lo anterior, esta Sala arriba a la conclusión sobre la imprescriptibilidad del derecho a solicitar la nulidad de la afiliación, si se tiene

en cuenta que precisamente la afiliación es la que genera para el afiliado la posibilidad de obtener el derecho pensional, por supuesto, en las condiciones más beneficiosas, por lo que al estar íntimamente ligados, afiliación y status de pensionado, de ambos se debe predicar la imprescriptibilidad para hacer valer tales derechos de forma que se acompasen a la legalidad.

COSTAS PROCESALES

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento y el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, materia de inconformidad por PORVENIR S.A., debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto dicha entidad fue vencida en el proceso, a su cargo deberán imponerse las costas.

Así mismo, en lo referente al monto de las costas procesales, materia de inconformidad por Porvenir, debe indicarse, que no es esta la oportunidad procesal para pronunciarse al respecto, dado que el numeral 5° del artículo 366 señala que “la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A. y en favor de la demandante.

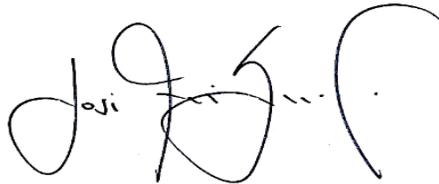
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 20 de octubre de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A. y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



**ELVER NARANJO
MAGISTRADO**

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 29 de junio de 2021.



Secretario



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

Veintiocho (28) de Junio de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2019-00217-00
RADICADO INTERNO:	19.153
DEMANDANTE:	JOSÉ RUFINO VILLAMIZAR PARADA
DEMANDADO:	ANCLAJES PILOTES INGENIERA S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ RUFINO VILLAMIZAR PARADA contra ANCLAJES PILOTES INGENIERA S.A.S., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2019-00217-00, y Radicación interna N° 19.153 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 17 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor JOSÉ RUFINO VILLAMIZAR PARADA, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra ANCLAJES PILOTES INGENIERA S.A.S. para que se declare:

- La existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 15 de julio de 2015 al 29 de abril de 2017, con terminación ineficaz por desconocimiento del artículo 26 de la ley 361 de 1997 al no contar con autorización del Ministerio del Trabajo para que se condene al pago de la indemnización de 180 días de salario, se disponga el reintegro en un cargo de igual o superior categoría, se ordene el pago de salarios, prestaciones, dotaciones y demás derechos causados desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo, incluyendo los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión. Condenas que solicita sean indexadas.
- De manera subsidiaria solicita la indemnización por despido sin justa causa, reajuste de las prestaciones conforme al salario de \$1.500.000, indemnización moratoria por falta de pago de las prestaciones y daño emergente y lucro cesante por \$61.513.660.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que, el 15 de julio de 2015 suscribió un contrato individual de obra o labor con la demandada, para labores propias de su actividad económica en el cargo de ayudante de perforación en la obra “SUMINISTRO, PERFORACIÓN DE DRENES, ANCLAJES ACTIVOS Y PASIVOS DEL PROYECTO DE MANTENIMIENTO VÍA PUENTE GÓMEZ-SALAZAR, MUNICIPIO DE SALAZAR, DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER”.
- Que, a la terminación devengaba un promedio de \$1.708.713 incluyendo auxilio de transporte, y el 24 de febrero de 2016 estaba desempeñando funciones cuando sufrió un accidente de trabajo, al estar limpiando con manguera la máquina de perforación, introduce la mano derecha en el ventilador de manera accidentada y con el aspa le atrapa el dedo índice, lo cual fue reportado a la A.R.L. resultando en fractura del dedo pulgar y amputación del segundo dedo de la mano derecha. Esto derivó en una calificación de pérdida de capacidad laboral del 16.60% con fecha de estructuración 2 de agosto de 2016, modificada por la Junta Regional a 21.68% y por la Junta Nacional finalmente a 26.68%.
- Que, el 20 de enero de 2017 reasignaron al actor conforme a las restricciones emitidas por médico laboral, siendo concedora de la patología del actor y su estado de salud. Que el 29 de abril de 2017 se comunica la terminación de la obra o labor, sin mencionar cuál era la obra o labor específica que estaba realizando en ese instante y sin hacer los exámenes de egreso y la empresa desconoce las patologías derivadas del accidente de trabajo, que ocasionaron limitaciones físicas e inclusive hicieron firmar un documento dejando constancia que no padecía enfermedad profesional pese a que la conocía. Que el actor según la calificación final sufre de una discapacidad severa que no lo hace acreedor de una incapacidad permanente parcial, siendo finalizado su vínculo sin autorización del Ministerio del Trabajo, por lo que es ineficaz.

La demandada ANCLAJES PILOTES INGENIERA S.A.S. contestó a la demanda manifestando:

- Que, acepta el vínculo laboral, aclarando que el salario era de \$644.350 más auxilio de transporte y al finalizar de \$751.461, conforme a las nóminas.
- Indica, que el accidente se produjo por imprudencia del actor, dado que las capacitaciones e inducciones advertían que la máquina debía tener mantenimiento estando apagada. Acepta que se reasignó al cargo de vigilante de la obra, por su proceso de rehabilitación, indicando que el 20 de enero de 2017 se comunicó formalmente esta reubicación acorde al contrato de obra o labor inicialmente contratada y el 8 de mayo se realizó el examen de egreso.
- Advierte, que no desconoce el accidente, sino que el trabajador fue dado de alta y reintegrado, como dejó constancia en la liquidación. Se opone a las pretensiones indicando que el contrato terminó por la causa legal

de terminación de la obra contratada. Propone como excepciones mala fe del demandante, falta de causa para demandar, enriquecimiento sin causa, prescripción y cobro de lo no debido.

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 17 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en la cual se resolvió:

PRIMERO: *Negar la pretensión primera de la demanda, conforme a lo considerado.*

SEGUNDO: *Declarar la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes del 15 de julio de 2015 al 29 de abril de 2017, conforme a lo considerado.*

TERCERO: *Negar las pretensiones principales de la demanda.*

CUARTO: *Negar las pretensiones subsidiarias de los numerales 5, 6, 8 de la demanda.*

QUINTO: *Ordenar la sanción moratoria prevista en el artículo 29 ley 789 de 2002, por no haber informado al trabajador demandante el estado de las cotizaciones de seguridad social conforme al salario devengado en el término de ley ni en ningún otro término. Se condena al demandado a pagar los intereses legales moratorios a partir del 30 de abril de 2019 sobre la base de un salario mínimo legal diario del 2017, el cual asciende a la suma de \$ 25.048,7 con intereses moratorios más altos que fije la Superfinanciera y como el fin es el cumplimiento de las cotizaciones de seguridad social, desde el primer día del mes 25, es decir 30 de abril de 2019 se causan los intereses legales moratorios, el techo será el cumplimiento y el informe al trabajador demandante, en este caso para el despacho con la contestación de la demanda se materializa el informe en fecha 23 enero de 2019 folio 279 del plenario, ya que la demanda fue propuesta pasados 24 meses de la desvinculación o terminación del contrato de trabajo 29 de abril de 2017.*

SEXTO: *Declarar que existe decisión ínsita sobre las excepciones propuestas.*

SÉPTIMO: *Condenar en costas al demandado.*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el problema jurídico se centra en resolver si existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de julio de 2015 al 29 de abril de 2017, con terminación ineficaz por desconocer el estado de discapacidad del trabajador y no solicitar autorización del Ministerio del Trabajo, para acceder a la indemnización, reintegro sin solución de continuidad, y subsidiariamente indemnización por despido injusto, moratoria y daño emergente con lucro cesante.

- Destaca, como hechos sobre los que no hay discusión que el vínculo inició el 15 de julio de 2015, suscribiendo un contrato de trabajo de obra o labor para realizar actividades propias de la demandada y que inició en el cargo de ayudante de perforación de la obra Vía Puente Gómez del Municipio de Salazar, de lo que desprende que se trata de un contrato a término fijo y que en su ejecución, el 24 de febrero de 2016 se generó un accidente de trabajo con afectación a los dedos de la mano derecha del actor, que fue calificado finalmente con 26.68% de PCL estructurada el 2 de agosto de 2016, siendo reasignado el trabajador desde el 20 de enero de 2017 por recomendaciones del médico.

- Señala, que con la liquidación final y la carta de terminación se advierte como fecha de terminación, el 29 de abril de 2017, sin señalar la obra que termina, aunque no es materia de Litis y se evidencia a folio 277 que el consorcio advierte sobre la culminación de la obra, identificada en el hecho dos de la demanda.

- Destaca, sobre el interrogatorio de parte del demandado, que aceptó conocer la calificación de pérdida de capacidad laboral para el momento de terminación, el cual terminó con la obra y el examen de egreso señaló la aptitud, pero se le ofreció reubicarlo en otra obra o en Cúcuta y no accedió porque él y su familia residen en Salazar, siendo reubicado como vigilante por las órdenes del médico, pero sin que realmente se necesitara ese cargo. Que el testigo Edgar Peñaranda señaló haber sido compañero del demandante, que inició como ayudante pero luego fue el vigilante, reemplazando a otro que había y supone que fue reemplazo pero no lo sabe porque ya había salido. El señor Teófilo Buendía, también compañero, refiere que el cargo de vigilante era permanente en la obra y que alguien reemplazó al actor.

- La declarante Silvia Villamizar, trabajadora de la demandada, explicó que, si bien el cargo de vigilante era permanente en la empresa, ellos son los subcontratistas de una empresa mayor y esta es donde se dispone de vigilancia para la obra, que el actor fue reubicado como vigilante de los equipos y los mismos fueron retirados por terminar la labor, por orden de la contratante y se le solicitó reubicar en Cúcuta, pero se negó por razones familiares.

- Respecto de la terminación, concluye, que conforme al folio 94 el actor fue reasignado en enero de 2017, para cumplir las restricciones de médico laboral y se le asigna como vigilante de la obra, aceptando el actor y se evidencia que dicha función no existía en la empresa, como contratista, sino que se ubica por parte del contratante para vigilar la maquinaria y el 15 de marzo se oficia para solicitar el retiro de la maquinaria y se le informa, que debe reubicarse en Cúcuta, a lo que niega por su familia; por ello, si bien la PCL del actor era superior al 25%, estaba reasignado en funciones y debería haberse tramitado el permiso para la desvinculación, dado que la naturaleza de la labor contratada era por obra determinada y su naturaleza se asemeja a la de un contrato a término fijo, su terminación se da por sustracción de materia, sin voluntad de las partes sino por disposición legal.

- Concluye, que no habiendo controversia por la parte actora sobre la razón para finalizar el contrato que fue la terminación de la obra y demostrado que así fue, por tratarse de una causa objetiva, si bien el actor

está calificado con una pérdida de capacidad laboral suficiente, conocida por el empleador, no debía tramitarse el permiso ante el Ministerio del Trabajo porque el vínculo finalizó de manera objetiva y se extendió el mayor tiempo posible por la reasignación, ni siendo confrontado por el actor que el objeto de la celaduría o vigilancia se hubiera extendido más allá del 29 de abril de 2017 y conociendo que el contrato era por obra o labor determinada; no aplicando la tesis de la ineficacia del despido, dado que la autorización se requiere para los despidos sin justa causa.

- Sobre la liquidación de prestaciones, señala, que además de no generarse prestaciones al negar el reintegro, el salario utilizado para liquidar los derechos al actor fue de \$1.708.713 y no se demostró concretamente el valor del trabajo suplementario, para verificar si se dejó de reconocer algún concepto. Igualmente niega la indemnización por despido sin justa causa, dado que no se trató de una terminación injusta al no cuestionarse que siguiera la obra y la indemnización por daño emergente y lucro cesante, no se probó el perjuicio.

- Respecto de la sanción moratoria, determina que negado el reintegro, se evidencia que está aceptado por la pasiva que no se comunicó al actor sobre el estado de sus cotizaciones luego de los 60 días de la terminación y bajo esa perspectiva, procede esta norma; aunque obran a folios 237-238 las cotizaciones y se debe analizar la buena o mala fe, no se evidencia el cumplimiento del citado deber legal, procediendo sin embargo al ser propuesta la demanda luego del mes 25 se limita a condenar por intereses moratorios sobre la base del salario mínimo diario, generando así intereses moratorios a la más alta tasa sobre capital 25.048,17 pesos desde el 30 de abril del 19 como lo señala la norma y hasta cuando cumplió e informo el trabajador es lo importante, que fue con la contestación de la demanda el 23 de enero del año 2020

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandante

La apoderada de la parte actora, presenta recurso de apelación argumentando:

- Que, no se valoraron debidamente las pruebas documentales y testimoniales, dado que el demandado no logró demostrar que la terminación del contrato de trabajo del representado finalizó por la terminación del contrato civil para realizar la obra de la vía Puente Gómez - Salazar, no obrando prueba documental aportada sobre su terminación y resaltando las inconsistencias en el interrogatorio de parte, donde se afirmó que la obra finalizó en marzo de 2017 pero que el actor permaneció realmente hasta el 23 de abril de 2017, no siendo lógico que siguiera cuando ya había terminado el proyecto; e inclusive, la profesional de salud ocupacional afirmó que la obra finalizó el 15 de marzo de 2016, y que se retiró la maquinaria a mediados de abril, es decir un año después el contrato del demandante seguía vigente.

- Explica, que logró demostrarse cómo pese a conocer la PCL del trabajador producto de un accidente de trabajo, no se solicitó el permiso al Ministerio del Trabajo para terminar el vínculo y se alegó que era porque un examen médico lo calificaba como apto para trabajar, pese a saber que había

sido amputado un dedo y fracturado otro, siendo plenamente conocido el estado y que se trataba de un trabajador sin llamados de atención que no ameritaba una terminación de su contrato con o sin justa causa.

- Alega, que no se desvirtuó por los testigos que el salario del trabajador era promedio, sino que se aceptó la generación de horas extras y así se liquidó por parte de la empresa la liquidación final, viendo a folio 71 que el último salario fue de \$1.708.713.

- Sobre las funciones del trabajador, quedó demostrado que era vigilante y ese cargo existió según Edgar Peñaranda y Teófilo Buendía desde el inicio de la obra, pues allá permanecían equipos que debían vigilarse para evitar robos, y señaló el segundo que este cargo seguía existiendo, de manera que subsistió la obra y la función contratada, no habiendo causa para haber finalizado el contrato.

- Que, al actor nunca se le informó por escrito que el contrato finalizaba en virtud de la terminación del proyecto de la Vía Puente Gómez – Salazar y tampoco se demostró la intención de reubicar al señor Rufino por una oferta escrita; por lo que debe garantizarse el fuero de estabilidad laboral reforzada debido a su PCL del 26%, como se ha explicado en sentencia SU149 de 2017, debiendo ordenarse el reintegro, la indemnización y demás prestaciones a que hubiera lugar, en virtud del principio protector del trabajador. Máxime cuando la empresa no agotó las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral del señor Rufino; simplemente procedió a despedirlo, sin autorización del Ministerio del Trabajo, advirtiendo que en providencias del mismo Tribunal (Partida 17.729) se ha garantizado este derecho.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

La apoderada de la parte actora, señaló que está probado al plenario la existencia del contrato de trabajo con extremos laborales probados (15 de julio de 2015 al 29 de abril de 2017) sobre el que no hay discusión y que está probado que el trabajador sufrió un accidente de origen laboral que le generó pérdida de capacidad laboral del 26.68% calificada por la Junta Nacional de Calificación, que era plenamente conocida por el empleador como respaldaron tanto el representante legal como los testigos. Entonces debe verificarse si la terminación del contrato bajo estas condiciones carece de efectos jurídicos; lo que sostiene debe declararse pues la jurisprudencia ha señalado que la estabilidad laboral reforzada opera para los trabajadores cuya limitación comienza en el grado de moderada, esto es, a partir del 15% de PCL.

Estima que se probó que el actor fue inicialmente para el cargo de ayudante de perforación y tras el accidente fue reubicado como vigilante de obra, de manera permanente y hasta nueva orden, pues en todo caso se le asignarían mandados, limpiezas y demás labores que no comprometieran sus

recomendaciones; acreditándose igual que la labor de vigilante siguió como permanente en la obra. Que no se demostró por la demandada que en su comunicación estableciera en modo alguno la fecha exacta de terminación de actividades de perforación y tampoco prueba que la labor de vigilante haya finalizado, ni se allega prueba del acta de terminación o entrega. Que es dudoso lo afirmado sobre que el actor fue reubicado en un cargo inexistente dentro de la empresa. Por lo que no entiende como se avaló la causal objetiva de terminación no demostrada y se dejó de acceder a las pretensiones por carecer de autorización del Ministerio del Trabajo, lo que deja sin piso jurídico la decisión del *a quo*.

• **PARTE DEMANDADA:** No presentó alegatos.

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 el demandante JOSÉ RUFINO VILLAMIZAR PARADA tiene derecho a que la demandada ANCLAJES PILOTES INGENIERA S.A.S., lo reintegre sin solución de continuidad en el mismo cargo y en las mismas condiciones salariales y prestacionales, y le cancele las prestaciones dejadas de percibir y la indemnización consagrada en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, el demandante JOSÉ RUFINO VILLAMIZAR PARADA solicitó que se declarara la existencia de un contrato realidad a término indefinido con ANCLAJES PILOTES INGENIERÍA S.A.S., pretendiendo que se declare la ineficacia de terminación unilateral por desconocer la garantía de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. De manera subsidiaria, solicitó indemnización por despido sin justa causa, reajuste de las prestaciones, indemnización moratoria por falta de pago de las prestaciones e indemnización por daño emergente y lucro cesante.

El juez *a quo* señaló, que según lo demostrado entre las partes existió un contrato a término fijo por obra o labor determinada, que finalizó por terminación de la misma y por ende, pese a que el actor sí estuviera cobijado por la estabilidad laboral reforzada invocada, no hay lugar a las pretensiones por cuanto la finalización no se dio en discriminación por la discapacidad del trabajador sino por una razón objetiva que no da lugar a la ineficacia del despido; de las pretensiones subsidiarias solo accedió a la sanción moratoria y absolvió por las restantes al no demostrarse los supuestos correspondientes. Contra lo anterior solo interpuso recurso de apelación la parte demandante para que se revoque lo correspondiente a la negativa de reintegro, dado que se valoró indebidamente la modalidad de terminación al no haberse demostrado que fue por finalización de la obra o labor contratada.

De manera preliminar, se advierte que conforme al principio de consonancia del artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., al no presentar apelación la parte demandada no es posible pronunciarse respecto de la condena por indemnización moratoria que le fue impuesta; respecto de la parte demandante, su argumento se enfila exclusivamente a lograr la declaratoria de ineficacia del despido alegando que no fue por terminación de la obra o labor, sino que se hizo unilateralmente y sin alegar justa causa.

En esa medida, no será objeto de controversia la declaratoria del contrato de trabajo que, si bien se indicó en la parte resolutive de la providencia como “*a término fijo*”, de las motivaciones de la providencia se desprende que se refiere a que se trataba de modalidad de tiempo determinado por la obra o labor y que el juez *a quo* concluyó se asimilaba al de término fijo en su naturaleza.

Conclusión que resulta en todo caso acertada, pues entre folios 6 a 9 se aportó el contrato individual de trabajo de obra o labor suscrito por las partes el 15 de julio de 2015 y donde se indica que el actor se vincularía al cargo de AYUDANTE DE PERFORACIÓN, con un salario mínimo más auxilio de transporte y la cláusula quinta señala como duración, la terminación de la obra SUMINISTRO, PERFORACIÓN DE DRENES, ANCLAJES, ACTIVOS Y PASIVOS DEL PROYECTO MANTENIMIENTO VÍA PUENTE GÓMEZ – SALAZAR; posteriormente el 20 de enero de 2017 (Fol. 94) se le reasignó al cargo de vigilante de la obra, en cumplimiento de las recomendaciones laborales.

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

La normatividad reseñada (Ley 361 de 1997, artículo 26), consagra el principio de la estabilidad laboral reforzada para las personas con limitación física, en virtud del cual estas no pueden ser despedidas por razones de su limitación, salvo que la terminación del contrato sea autorizada por el Ministerio del Trabajo; y a su vez integra la sanción a la que tiene derecho el trabajador, cuando el empleador haya obviado la aludida autorización.

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

Ahora bien, sobre el correcto entendimiento del art. 26 de la ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Radicado No. 32532 expedida el 15 de Julio de 2008 con Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO

CALDERÓN, fijó como parámetro de decisión que esa ley ampara a *“las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5”* por lo que ***“aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo”*** y adoptando como precedentes los parámetros contenidos en decretos reglamentarios de dicha ley, recuerda que *“la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%.”* Concluyendo que *“la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, **todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada**”.*

Se desprende de lo expuesto, que el trabajador que busque protección en virtud de la estabilidad laboral reforzada, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, debe aportar una prueba que lo califique como limitado físico, en los términos del artículo 5° arriba mencionado. En tanto, el fuero de estabilidad laboral, opera únicamente cuando el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral mayor al 15%, y que el empleador conozca tal situación y termine la relación laboral por esta causa, sin la respectiva autorización del Ministerio de la Protección Social.

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

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

En el presente asunto, no es punto de discusión, que el señor VILLAMIZAR PARADA, tiene estabilidad laboral reforzada, pues como consecuencia del accidente sufrido el 24 de febrero de 2016 (Fol. 10) fue calificado en última instancia por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ en dictamen del 30 de marzo de 2017 con una P.C.L. del 26.68% estructurada el 2 de agosto de 2016 y esta situación era ampliamente conocida por el empleador, no solo la ocurrencia del accidente sino sus secuelas, dado que se le reasignó a un cargo diferente para cumplir las recomendaciones laborales, teniendo pleno conocimiento de las calificaciones realizadas en el trámite por las Juntas pues se resolvieron antes del 29 de abril de 2017 que terminó la relación laboral.

En esa medida, la discusión se centra en el tercer presupuesto para acceder a la pretensión de ineficacia del despido, consistente en evidenciar que la terminación por parte del empleador se produce por causa de la discapacidad y sin contar con la autorización del Ministerio del Trabajo; al respecto, en la providencia SL1360 de 2018 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señala que sobre este punto es el empleador *“quien deba probar que las razones invocadas para prescindir de los servicios del trabajador no fueron las concernientes a su limitación y, por consiguiente, ante esa situación acreditada, no se le podía exigir el agotamiento del permiso ministerial”.*

Específicamente sobre la terminación de un contrato de trabajo por obra o labor determinada con una persona que tiene estabilidad laboral reforzada, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1498 de 2021 recuerda:

“(...) es del caso recordar que esta Corporación ha adoctrinado que cuando el término del contrato de trabajo, está determinado por la duración de la obra, y esta última llega a su fin, esa es una razón objetiva para que el vínculo laboral termine, no obstante la condición de discapacidad. Sobre este punto, dijo esta Sala de casación, en fallo CSJ SL497-2021:

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha determinado que: la autorización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 constituye una garantía legal de los trabajadores con discapacidad, orientada a garantizar su estabilidad laboral frente a despidos discriminatorios, la cual no opera cuando la terminación del vínculo laboral se soporta en un principio de razón objetiva (CSJ 3520 - 2018).

*En esa línea de pensamiento, la Corte en relación con los contratos de trabajo por la duración de la obra o labor contratada, precisó que el cumplimiento de su objeto es una razón objetiva de terminación del vínculo laboral. Y, la culminación de la obra o la ejecución de las tareas o labores acordadas agotan el objeto del contrato, de tal manera que, desde este momento, **la materia de trabajo deja de subsistir y, por consiguiente, mal podría predicarse una estabilidad laboral frente a un trabajo inexistente** (CSJ 3520 - 2018).*

En consideración a lo expuesto y, teniendo en cuenta las precisiones realizadas en las líneas que anteceden en relación con el contrato de trabajo por la duración de la obra, es claro que en el caso concreto se encuentra probado que la obra o labor civil fue ejecutada y, por tal razón, fue dado por terminado el contrato laboral celebrado. Es así como en el caso sub examine, no había lugar para solicitar la autorización prevista en la Ley 361 de 1997.”

Para el presente caso, el empleador ACLAJES PILOTES INGENIERÍA S.A.S. alegó al contestar la demanda que el vínculo con el trabajador finalizó porque la obra o labor para la que había sido contratado finalizó y para eso aportó misiva (Fol. 44 y 230) del 29 de abril de 2017 – aceptada como recibida en el hecho 13 de la demanda; de su contenido se desprende que la decisión fue terminar el contrato de trabajo por obra o labor determinada, cuya cláusula de terminación señala expresamente que la duración de la relación laboral será la duración de la obra SUMINISTRO, PERFORACIÓN DE DRENES, ANCLAJES, ACTIVOS Y PASIVOS DEL PROYECTO MANTENIMIENTO VÍA PUENTE GÓMEZ – SALAZAR. Por ende, mal podría la parte actora señalar que desconocía la naturaleza de la vinculación aceptada con su empleador y afirmar que fue terminado unilateralmente, dado que desde la suscripción del contrato tenía pleno conocimiento de la duración del mismo.

Ahora bien, a folio 277 aportó el demandado como prueba de la finalización un oficio del 15 de marzo de 2017 suscrito por FRANK CASTELLANOS como

director de la obra CONSORCIO FUNDACIÓN SALAZAR, indicando que como parte del Contrato de Obra Pública No. 001 de 2015, denominado “CONSTRUCCIÓN DE ANCLAJES, MICROPILOTES Y DRENES PARA LA OBRA DE ESTABILIZACIÓN DE TALUDES EN LA VÍA PUENTE GÓMEZ – SALAZAR” se solicitaba a FRANKLIN ESPINOSA COLLAZOS como representante de ANCLAJES PILOTES INGENERÍA S.A.S., el retiro de los equipos de esa empresa ya que habían terminado su actividad de perforación y lo que era indispensable para continuar con la actividad de construcción de muros y rellenos.

El representante legal de la demandada, CESAR AUGUSTO OBREGÓN RODRÍGUEZ, expuso sobre la terminación que el vínculo que la misma se dio, con la obra conforme la modalidad contratada y advierte que, pese a ello, se le ofreció continuar laborando en otra obra, pero no aceptó porque era en otra ciudad. Que la obra contratada con el Municipio Salazar, terminó el 15 de marzo de 2017.

El testigo EDGAR GEOVANNY PEÑARANDA, indicó que fue compañero del actor en la obra PUENTE GÓMEZ – SALAZAR desde octubre de 2015 siendo también contratado como ayudante de perforación y afirma que salió antes que el actor, no recordando la fecha en que finalizó su contrato, por lo que desde su conocimiento la obra siguió. Es decir, que no puede derivarse de su dicho alguna conclusión cierta sobre la finalización de la obra de perforación, porque para esa época ya estaba desvinculado el testigo. Inclusive, señala que sería lógico que cuando el actor fue cesado como vigilante fuera reemplazado, porque allá había cosas que proteger; lo que es una inferencia o suposición del declarante más no un conocimiento certero de un hecho que hubiera presenciado.

Igualmente, la Dra. MARÍA CECILIA RIVERA PINEDA afirmó que su conocimiento sobre la terminación de la obra fue de oídas por una conversación con el demandante, por lo que no amerita valor probatorio alguno.

Por su parte, el testigo TEÓFILO BUENDÍA SILVA manifestó que fue compañero de trabajo del actor entre 2015 y 2017, indicando que laboró hasta finales de 2017 y fue de los últimos en salir como ayudante de maquinaria; explicó que en ese lugar trabajaban también obreros de Temporal, pero ellos eran encargados de la perforación con anclajes. Sobre el demandante, señala que también fue desvinculado a finales de 2017; no obstante, al ser cuestionado por el juez también señaló que él terminó labores primero que el señor RUFINO y que luego se lo encontró, manifestándole el actor que había también terminado su vinculación.

Es decir, este testigo igualmente no puede aportar conocimiento certero sobre si realmente la obra SUMINISTRO, PERFORACIÓN DE DRENES, ANCLAJES, ACTIVOS Y PASIVOS DEL PROYECTO MANTENIMIENTO VÍA PUENTE GÓMEZ – SALAZAR finalizó entre marzo y abril de 2017 o continuó como alega la parte actora; en primer lugar, porque no demuestra una capacidad de recordar debidamente los hechos sobre los que testifica, dado que afirma que tanto su vinculación como la del actor acabó a finales de 2017 cuando documentalmente está soportado que fue en el primer semestre de ese año y esa confusión le resta credibilidad a su dicho. En segunda medida, porque afirmó que él salió antes que el actor, y por lo tanto sus manifestaciones sobre

cómo terminó la relación del demandante proviene de supuestos y charlas con el mismo interesado, lo que no genera valor probatorio.

Finalmente, la testigo SILVIA LORENA VILLAMIZAR LEÓN señaló que trabaja para la empresa demandada desde el año 2012; explicó que, dentro de sus labores usuales como subcontratista, la empresa ANCLAJES PILOTES INGENIERÍA S.A.S. no suele tener vigilantes en su nómina, pues los lugares donde se le asigna para guardar sus máquinas es la misma de la obra y el contratista mayor provee la vigilancia, pero se asignó esa tarea al actor en razón a las recomendaciones de reintegro al no tener un cargo apto y se creó de manera especial para él, lo que se extendió hasta que finalizó la obra y se le requiere retirar la maquinaria del lugar, que fue cuando se notificó al actor sobre la terminación.

Resulta ser este el único testimonio que demuestra tener conocimiento directo sobre la terminación del contrato del actor, pues como trabajadora permanente de la empresa demandada desde 2012 a la fecha, mantenía su vínculo vigente y por razón de su cargo conoció sobre el asunto en discusión. El artículo 211 del C.G.P. señala que el juez debe analizar cada testimonio conforme a las posibles afectaciones a la imparcialidad que pueda tener el declarante; en este caso, no se propuso tacha alguna en razón al vínculo laboral vigente entre la señora VILLAMIZAR LEÓN y la empresa demandada. Además, no observa la Sala que sus manifestaciones estuvieran exageradamente destinadas a beneficiar a su empleador; por el contrario, su declaración se evidenció espontánea, limitada a las preguntas que se realizaron y por ello tiene credibilidad suficiente para ser valorada a profundidad.

Siguiendo este lineamiento, la testigo refiere claramente que el cargo de vigilante no hace parte de la nómina de la empresa y se creó especialmente para el señor VILLAMIZAR PARADA por sus recomendaciones médicas, extendiéndose hasta el final de la obra cuando solicitaron retirar las máquinas. Obsérvese que efectivamente, los dos obreros declararon haber sido cesados antes que el actor, lo que corrobora la versión sobre que se extendió la vinculación del demandante hasta el último momento posible.

Del referenciado acervo probatorio, se desprende, que el empleador logró demostrar que como subcontratista del CONSORCIO FUNDACIÓN SALAZAR, contrató al actor por la duración de la obra SUMINISTRO, PERFORACIÓN DE DRENES, ANCLAJES, ACTIVOS Y PASIVOS DEL PROYECTO MANTENIMIENTO VÍA PUENTE GÓMEZ – SALAZAR; si bien inicialmente fue como ayudante de perforación, por recomendaciones laborales derivadas de un accidente que afectó su integridad física, desde enero de 2017 fue como vigilante de las máquina. Así mismo, demostró que desde el 15 de marzo de 2017 su contratista le informó que, al haber finalizado la actividad pactada de perforación, debían retirar sus máquinas.

En ese sentido, se advierte, que la terminación del contrato del señor VILLAMIZAR PARADA obedeció a la finalización del objeto o labor inicialmente pactada; no evidenciándose, como afirmó el actor en su recurso de apelación, que la labor siguiera desplegándose con otro trabajador pues esa situación no fue acreditada por los testigos oídos. Por el contrario, se pudo evidenciar que la empresa adaptó un cargo a las necesidades médicas del actor y lo mantuvo contratado el mayor tiempo posible, más que los dos testigos que eran ayudantes de perforación como inició el demandante, hasta

que definitivamente no pudo extender el vínculo por la definitiva finalización de la obra.

Inclusive, la apelante incurre en un error al identificar que transcurrió año y medio entre el retiro de las máquinas y el despido; pues no fue en marzo de 2016, sino en 2017 y transcurrió un término de mes y medio entre la solicitud de retiro y la notificación de la terminación, tiempo en el cual según los testigos se retiró la maquinaria que estaba cuidando el actor como vigilante. No obstante, en providencia SL1498 de 2021, la Sala de Casación Laboral analiza un caso donde el empleador pese a que finalizó la obra el 8 de agosto de 2013 mantuvo al actor vinculado hasta abril de 2015 y concluyó que esas acciones representan una modalidad de protección a trabajadores discapacitados, pero no desmeritan que existe una modalidad objetiva de terminación por la que no se requiere el permiso del Ministerio del Trabajo.

Recuerda la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2827 de 2020, que como modalidad de contratación por obra o labor determinada, su duración se delimita por la consecución de un resultado y que si *“bien aquel tiene una naturaleza incierta, sometida a la ejecución de determinadas actividades, el límite se circunscribe, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas que deben ser precisas, impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, caso en el cual sería de carácter indefinido. Esa necesidad del trabajo limitada temporalmente, permite indicar que las partes conocen sobre su incidencia, en el que se mantiene hasta tanto se encuentre ejecutando la labor, o hasta su finalización”*.

Bajo este marco jurisprudencial, demostrado por el empleador que desde el 15 de marzo de 2017 tenía la orden de retirar sus máquinas de perforación y que el contrato con el actor estaba sujeto a la terminación de esas labores de perforación, esa terminación notificada el 29 de abril de 2017 responde al agotamiento del objeto pactado como delimitación del contrato. Sin que demostrara el demandante que en realidad se mantuvo la obra o labor contratada. Es necesario resaltar, según las pruebas referenciadas, que la actividad de perforación es una de las etapas dentro del mantenimiento de la vía PUENTE GÓMEZ – SALAZAR y se advierte que el actor solo fue contratado por el subcontratista encargado de la etapa de perforación. De manera que, si bien materialmente las obras siguieron desde la percepción general de los testigos, se agotó la etapa que delimitaba el contrato laboral del actor.

En consecuencia, asistió razón al juez a *quo* cuando absolvió a la empresa demandada de las pretensiones del actor para que se declarara la ineficacia del despido, al haberse configurado y demostrado la razón objetiva para finalizar el contrato de trabajo, por el cual no se requería la autorización del Ministerio del Trabajo dado que este solo se exige cuando se termina la relación en virtud de la discapacidad del trabajador.

Por ende, se confirmarán los numerales primero y tercero de la sentencia impugnada. Así mismo, al no prosperar el recurso de apelación se condenará en costas de segunda instancia al demandante. Fíjense como agencias en derecho a favor del demandado la suma de \$300.000.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales primero y tercero de la sentencia impugnada de fecha sentencia del 17 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. Fijense como agencias en derecho de segunda instancia a favor del demandado la suma de \$300.000.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de junio 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 Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2019-00295-00

Partida Tribunal: 19204

Demandante: IVAN CARDENAS CALDERON

Demandada(o): COLPENSIONES / PORVENIR S.A.

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de alzada presentados por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 29 de enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-004-2019-00295-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19204 promovido por el señor IVÁN CARDENAS CALDERON contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVERNIR, 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

El demandante IVAN CARDENAS CALDERON demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada al FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS Y CESANTIAS PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerlo de que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se

encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

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 ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 17 de mayo de 1985, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS).
2. Que el 30 de marzo de 1999, realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, suscribiendo formato de traslado No. 0226048, sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada **COLPENSIONES, S.A.**, ésta dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en el entendido que el demandante se afilió voluntariamente a PORVENIR, encontrándose incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PRETENDIDA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

Por su parte, PORVENIR S.A. indicó que se opone a las pretensiones principales y subsidiarias incoadas por el demandante, ya que en el traslado efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que el demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual.

Como de mérito propuso las excepciones que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O LA GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 29 de enero de 202, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante, IVAN CARDENAS CALDERON c.c. 13.252.001 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A, a partir de la efectividad del mismo MAYO DE 1999 FOLIO 7 DEL PLENARIO CON SOLICITUD DE TRASLADO 30 DE MARZO DE 1999 FOLIO 10, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional Porvenir SA., devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido desde el 30 de marzo de 1999, Y HASTA CUANDO SEA REAL Y EFECTIVA LA ENTREGA DE RECURSOS A COLPENSIONES S.A, con motivo de la afiliación de la parte demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993). Todo conforme a lo considerado. término 1 mes a la ejecutoria.

TERCERO: DECLARAR que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de mérito de buena fe, la que por sí sola no enerva lo pretendido por el actor.

QUINTO.- Declarar no probada la excepción de prescripción y demás propuestas conforme a lo considerado.

SEXTO: Condenar a COLPENSIONES, a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PORVENIR S.A, por la cuenta del aquí demandante, y traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado., en un término de 1

mes.

SEPTIMO.-Condenar en costas a favor de la parte demandante y en contra de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se absuelve a Colpensiones al no haber sido determinante del traslado conforme a lo previsto en el ART. 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA, por valor de DOS (2) S.M.L.M.V. cada uno asciende \$908.526, decreto 1785 de 2020, valor total agencias \$ 1.817.052, Las agencias en su momento serán incluidas en la liquidación de costas.

OCTAVO.- ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior funcional, en razón a que hay condena al imponerse una obligación a COLPENSIONES S.A.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad del trabajador a una vida digna, con una pensión por un valor mucho menor de mantenerse en el régimen, dónde se está saltando la libertad de voluntad de escoger libremente el fondo por la parte interesada del afiliado, que tenía derecho a recibir una información veraz.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que el señor IVAN CARDENAS CALDERON estaba capacitado para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen. Señala que han pasado 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que el accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen.

Se refirió a la obligatoriedad que surge de recibir a la demandante dentro del régimen de prima media, por cuanto esa situación genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que la demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca son suficientes para el

otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, trasgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que el traslado de régimen fue efectuado en el año de 1999, y para esa época, se encontraban vigentes las disposiciones del estatuto orgánico del sistema financiero, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y el artículo 11 del decreto 692 del 94; que estas disposiciones, y en especial del estatuto orgánico del sistema financiero del artículo 13 de la Ley 100 del 93, establecían obligaciones de dar información acerca de los traslados pero eran unas obligaciones de carácter genéricas o abstractas, que no establecían unos mínimos o unos máximos que debían cumplir los fondos de pensiones para entenderse que se habría producido el traslado en debida forma.

Precisó que el artículo 11 del decreto 692 del 94 establecía que como prueba única de que el traslado se realizó conforme a la Ley, se debía suscribir por parte del señor demandante en ese caso, un formulario de afiliación; que ese mismo decreto establecía cuál era el contenido de dicho formulario de afiliación, el cual era aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia; que los fondos de pensiones en este caso Porvenir s.a. obrando bajo los principios de la buena fe y la confianza legítima que le ofreció una institución del estado, como lo era la Superintendencia Financiera de Colombia, elaboró dicho formulario el cual fue manuscrito por el demandante y en el cual se deja como evidencia o prueba única o documental de que el traslado se dio conforme a la Ley, formulario este que no fue tachado de falso por la parte demandante luego tiene plena validez probatoria.

Que es solo a partir del año 2008, que la Corte Suprema de Justicia impone a los fondos de pensiones y cesantías una serie de cargas probatorias que exigen cumplimiento, lo que en el año de 1999 no se exigía.

Así mismo, no compartió el fallo en lo relacionado a que se debe devolver la totalidad de los descuentos realizados por el fondo; esto, dado que consideró que se ordena la retribución de todos los rendimientos que produjo esos aportes pensionales cuando estuvieron en Porvenir, pero se niega el derecho a Porvenir de descontar los gastos de administración, y a su vez, de también reconocer sumas como las primas que se pagaron para los seguros de invalidez, vejez y muerte, lo que, a su juicio, es un absurdo porque se incurre en una injusticia de parte del sistema judicial debido que además de llevarse el rendimiento, no se reconocen los gastos en los que incurrió el fondo, siendo claro el Código Civil cuando habla de las restituciones mutuas en los casos

como el siguiente, en su artículo 964 inciso final dice: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”. También, señala que este acápite no fue solicitado por el demandante, sino por el Ministerio Público.

En relación con las primas pagadas por los seguros, informó que estas fueron sumas pagadas a favor de terceros como son las compañías de seguros, quienes prestaron sus servicios, es decir, quienes dieron cobertura durante todo el tiempo que estuvo vigente la filiación del señor demandante con el fondo; que al ya haber sido pagados, son dineros que son difíciles de restituir por cuanto son unos pagos que se hacen a unos terceros ajenos los fondos, y hay que tener en cuenta que la fuente de esas obligaciones es de carácter legal.

Consideró que este reconocimiento hace que se incurra en un enriquecimiento sin causa y a favor de Colpensiones, entidad que además de recibir los rendimientos va a recibir estas sumas adicionales.

Ahora bien, en los que se refiere a la condena en costas alegó que dos salarios mínimos resultan excesivos en este caso, habida cuenta de los criterios establecido por el Consejo Superior de la Judicatura, es un proceso de una audiencia, y no hubo mayor actividad probatoria, simplemente se planteó un interrogatorio de parte y se aportaron las pruebas documentales, por lo tanto, manifestó que dicha suma resulta excesiva teniendo en cuenta la actividad desplegada por la parte demandante.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

- 1. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.** En sus alegatos de conclusión, la pasiva solicitó se revoque la sentencia proferida por el A quo, y en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Indicó que revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia vigente en la época del traslado; que La AFP PORVENIR informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; que, de hecho, además de los canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, PORVENIR S.A. junto con los demás fondos de pensiones realizó campañas a través

del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y la demandante no hizo uso de ese legítimo derecho, por lo que nadie puede alegar su propia torpeza.

Respecto a la condena de que se restituyan con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A los gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en el fondo, precisó que no comparte esta condena, pues al declararse la ineficacia del traslado, se ordena como consecuencia de ello, una serie de restituciones, entre ellas los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional, por lo tanto, se debe acudir al Código Civil, como referente normativo en este asunto; que en tal sentido, el artículo 964 del CC, inciso final, claramente establece que toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos; que los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital.

- 2. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES.** Reiteró la parte en sus alegaciones, lo expuesto en la contestación a la demanda, resaltando que la parte demandante alega engaño por el fondo privado, al no brindar la información suficiente para realizar el traslado de régimen, sin embargo, su traslado se realizó de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para hacerlo, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido Colpensiones, sin que probara el engaño aducido a pesar de que la carga dinámica no es absoluta y obedece a la verificación de los escenarios particulares de cada asunto como la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, que para el caso del demandante supera los 10 años.

Indicó que se debe tener en cuenta la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual se establecen los mecanismos para que tanto las AFP como Colpensiones realicen asesorías a partir de 01/10/2016 a las mujeres de 42 años o mayores, y hombres de 47 años o mayores, desde dicha fecha los ciudadanos no se podrán trasladar de Régimen sin antes haber recibido dicha asesoría, por lo cual dicha restricción no es retroactiva y comienza a regir a partir de la fecha dispuesta por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Que de esta forma, en el caso de marras era imposible para Colpensiones brindar la asesoría referida pues para 2016 pertenecía al RAIS.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante IVAN CARDENAS CALDERON en el año 1999 a PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.
4. Por último, se revisará la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A.

ANÁLISIS PROBATORIO

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por la demandante como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario, y se revisará el interrogatorio de parte recaudado, en lo pertinente.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por la demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del ISS a hoy PORVENIR S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento del señor IVAN CARDENAS CALDERON para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta colegiatura precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

El artículo 97 de la ley 100 de 1.993, enmarcó a los fondos de pensiones como constitutivos de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, lo que conlleva a la exigencia del cuidado de los intereses de quienes se ligan a ellas, el que inicia desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

Por tanto se entiende que, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de carácter profesional** que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica una asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 “*por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones*” impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida

para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro que el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2015 y la circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

Por lo antes mencionado, los fondos de pensiones son entidades con responsabilidades profesionales, aspecto plenamente respaldado en los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y 1603 de C.C., por su responsabilidad en un tema tan técnico y profesional tienen el deber y la obligación de entregar una información clara y comprensible a las personas interesadas en adquirir sus servicios y afiliarse a las mismas.

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración esta que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL1452 de 2019).

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que el afiliado recibió la información adecuada, suficiente

y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas entidades fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su libelo introductorio, el señor IVAN CARDENAS CALDERON afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR, lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que el demandante IVAN CARDENAS CALDERON ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 17 de mayo de 1985, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y que el 30 de marzo de 1999, realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, suscribiendo formato de traslado No. 0226048.

Revisando las pruebas allegadas a los autos, se evidencia que si bien en el formato visto a folio 10 del expediente, el cual fue suscrito por la demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas calidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR, S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró a la

demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Así las cosas, en efecto, PORVENIR no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular de la demandante.

Reiterándose que, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte de la actora, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PORVENIR.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo a la demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PORVENIR, y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual de la demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable a el demandante IVAN CARDENAS CALDERON por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de marzo de 1999, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos

de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

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

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

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

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

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, sumas estas que se encuentran bajo la custodia de las Administradoras, y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Esto fue recientemente establecido por la HCSJ en su Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL2877 de 2020, donde se indicó lo siguiente:

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de

escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a la demandada a devolver “el 30 de marzo de 1999, y hasta cuando sea real y efectiva la entrega de recursos a COLPENSIONES S.A, con motivo de la afiliación de la parte demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto”.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

Dicho lo anterior es necesario para esta Sala, pronunciarse respecto de la excepción de prescripción formulada por las demandadas, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

La selección de régimen pensional es un acto derivado de la relación de afiliación (artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hoy modificado por el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que la circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad de la demandante, precedido del deber del buen consejo por parte de la administradora de pensiones en la oferta precontractual de servicios que en el presente caso no se avizora, fue, en esencia, la forma en que nació a la vida jurídica el HECHO DE LA AFILIACION al régimen de ahorro individual, por lo tanto, esa concreta situación fáctica que resulta inherente a la consolidación del ESTATUS PENSIONAL de la demandante no está sujeta al fenómeno de la prescripción, lo que igualmente se predica de la condición de afiliado y los actos que emanen de tal condición, pues de allí surge el derecho a percibir y disfrutar vitaliciamente de la respectiva pensión.

En ese sentido, podemos concluir que la condición de afiliado y por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, ha señalado que los elementos consustanciales de la pensión no prescriben, como es el caso, del factor porcentual de la mesada, el salario, los límites temporales del IBL y la indexación, por lo que, la afiliación y cualquier acto derivado de la misma en el sistema pensional, a pesar que no sea un factor cuantitativo del derecho, necesariamente deben calificarse como elementos esenciales de status pensional, porque recuérdese que de la validez jurídica de esos actos deriva no solo el régimen a aplicar al pensionado, sino también a cual la entidad administradora de fondos de pensiones le compete el reconocimiento y pago de una prestación económica.

En suma, al tener la afiliación y sus actos subsiguientes, una estrecha relación con el derecho pensional, valga decir, por ser inherentes al mismo, resulta viable formular los reparos correspondientes en cualquier tiempo, al punto que, si se pensara de forma contraria, ni si quiera sería viable el retorno al régimen de prima media, en el evento en que se cumpla el requisito de permanencia mínima, ni los traslados entre administradoras pensionales.

Es entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas.

Igualmente, este criterio de imprescriptibilidad tiene sustento en argumentos expuestos en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, en providencia STL4593 de 2015, Radicación 39718 siendo magistrado ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz, donde se señaló que la nulidad de traslado sería imprescriptible si estuviera estrechamente ligado con la adquisición del derecho pensional, como derecho fundamental y como prestación económica ligada al mínimo vital y al derecho al trabajo del demandante, y el mismo estuviere amenazado con la proposición del medio defensivo de la prescripción.

En virtud a lo anterior, esta Sala arriba a la conclusión sobre la imprescriptibilidad del derecho a solicitar la nulidad de la afiliación, si se tiene en cuenta que precisamente la afiliación es la que genera para el afiliado la

posibilidad de obtener el derecho pensional, por supuesto, en las condiciones más beneficiosas, por lo que al estar íntimamente ligados, afiliación y status de pensionado, de ambos se debe predicar la imprescriptibilidad para hacer valer tales derechos de forma que se acompasen a la legalidad.

COSTAS PROCESALES

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento y el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, materia de inconformidad por PORVENIR S.A., debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto dichas entidades fueron vencidas en el proceso, a su cargo deberán imponerse las costas.

Así mismo, en lo referente al monto de las costas procesales, materia de inconformidad por Porvenir, debe indicarse, que no es esta la oportunidad procesal para pronunciarse al respecto, dado que el numeral 5° del artículo 366 señala que “la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A. y en favor de la demandante.

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

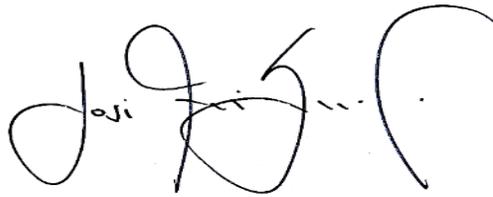
LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 29 de enero de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A. y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



**ELVER NARANJO
MAGISTRADO**

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 068, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 29 de junio de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de Junio de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2019-00329-00
RADICADO INTERNO:	19.184
DEMANDANTE:	JOSÉ ANTONIO NIÑO MANCIPE
DEMANDADO:	ENVÍA S.A.S

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ ANTONIO NIÑO MANCIPE contra ENVÍA S.A.S, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2019-00329-00, y Radicación interna No. 19.184 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 16 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor JOSÉ ANTONIO NIÑO MANCIPE, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra ENVÍA S.A.S para que se reconozca:

- La existencia de un contrato de trabajo escrito a término indefinido entre el 16 de noviembre de 2007 al 6 de noviembre de 2016, y se condene al reajuste a las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones correspondientes a todo el tiempo de la relación laboral que existió entre las partes, y que va del 16 de noviembre de 2007 hasta el 6 de noviembre de 2016 por el no reconocimiento y pago dejado de cancelar.
- El pago de las dotaciones de ropa de labor y calzado correspondiente a todo el tiempo de la relación laboral y la indemnización por despido sin justa causa de conformidad con el artículo 64 del C.S.T., indemnización por falta de pago de prestaciones sociales artículo 65 del C.S.T.; el faltante de horas extras diurnas, recargo diurno equivalente al 35% correspondientes a todo el tiempo de la relación laboral que existió entre las partes, y que va del 16 de noviembre de 2007 hasta el 6 de noviembre de 2016.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que, fue contratado por La Empresa ENVIA S.A.S el día 16 de noviembre de 2007, para desarrollar la labor de conductor de vehículo de carga de ruta nacional y doméstica.
- La relación laboral se mantuvo hasta el 6 de noviembre de 2016, que estuvo bajo la continua dependencia de La Empresa ENVÍA S.A.S o por quien haga sus veces, y la última labor desarrollada durante la vigencia de su relación laboral fue la de conductor de vehículo de carga de ruta nacional domestica, que su jornada de trabajo fue de lunes de sábado de 6:00 a.m. a 8:00 p.m, y cuando laboraba como conductor en la ciudad o domestico de 10:00 a.m. hasta las 4:00 p.m., jornada continua cuando laboraba como conductor de ruta nacional; como contraprestación a la labor desempeñada se le canceló la suma de \$1.030.105 mensual.
- Explicó, que el 28 de octubre de 2016 fue citado a la empresa ENVÍA S.A.S con el fin de que rindiera descargos sobre cinco (5) paradas que realizó el vehículo de placas SYL-173 conducido por él, y que dio origen a la pérdida de 20.81 galones de combustible, y posteriormente su desvinculación de la empresa mediante oficio del 5 de noviembre de 2016 argumentando justa causa de acuerdo con la cláusula 7° del contrato de trabajo, la cláusula adicional al contrato individual de trabajo de uso de combustible y los numerales 1 y 5 del artículo 54 y artículo 59 literal c) del reglamento de trabajo.

La demanda fue admitida el 7 de noviembre de 2019, ordenando su notificación y en auto del 10 de marzo de 2020, el juzgado notificó personalmente a la demandada, quien en escrito de contestación a la d señaló:

- Oponerse a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento jurídico, fáctico y probatorio, toda vez que consignó y canceló las cesantías durante la vigencia de toda la relación laboral, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico, atendiendo el salario y los demás factores salariales devengados por el demandante.
- Agregó, que la terminación obedece a una justa causa, y consiste en la comisión de una falta grave consignada en el reglamento interno de trabajo derivado de la violación e incumplimiento grave de las obligaciones contractuales y reglamentarias, toda vez que el demandante violó e incumplió gravemente las órdenes e instrucciones reglamentarias y contractuales dadas por la empresa contenidas en el contrato de trabajo, y sus otro si; propone como excepciones MALA FE DEL DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR, COBRO DE LO NO DEBIDO, CARENCIA DE LA ACCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES Y COMPENSACIÓN DE ACREENCIAS LABORALES.

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 16 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes inicialmente del 16 de noviembre de 2007 al 6 de noviembre de 2016, todo conforme a lo considerado.-

SEGUNDO: Declarar la terminación del contrato de trabajo término fijo, unilateral y con justa causa sin derecho a indemnización artículo 28 de la Ley 1149 de 2007, conforme a lo considerado.

TERCERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE MERITO DE PRESCRIPCIÓN, de todos los eventuales derechos del actor, anteriores al 24 de septiembre de 2016, conforme a lo considerado.-

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones conforme a lo considerado.-

QUINTO: Declarar que sobre las demás excepciones propuestas por la pasiva hay decisión ínsita de acuerdo al sentido de la sentencia.

SEXTO: Condenar en costas a la parte demandante y a favor de la pasiva con fundamento en el artículo 365-1 del C.G.P Acuerdo PSAA-16-10554 de 2016, artículo 5 primera instancia para procesos declarativos en general se fijan las agencias en dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEPTIMO: Ordenar si no apela el demandante el grado jurisdiccional de consulta artículo 14 de la ley 1149 de 2007”

2.2. Fundamento de la decisión.

El juez de primera instancia expuso los siguientes argumentos:

- Que no es objeto de discusión que el demandante fue contratado por ENVÍA S.A.S el día 16 de noviembre del 2007, y la labor para la cual se contrataba fue la de conductor de ruta de carga y doméstica, con contrato de trabajo escrito y a término indefinido. Que la relación laboral se mantuvo hasta el 6 de noviembre de 2016, al igual que la jornada laboral era de lunes a sábado de 6:00 a.m. a 8:00 p.m. con una hora para tomar alimentos, de 10:00 p.m. a 4:00 p.m. cuando laboraba como conductor de ruta nacional, con un salario de \$1.030. 105.00 y el actor realizó 5 paradas sin autorización del empleador que conllevaron a una pérdida de 20 galones de combustible.

- Explicó, que de acuerdo al acta de descargos, se le cuestiona al trabajador por haber parado en sitios no autorizados, lo que no reprocha el trabajador, quien a pesar de no recordar el sitio del kilometraje enrostrado, aceptó haber parado en la laguna rancheadero; que conforme con las pruebas aportadas como la comunicación interna “uso de combustible” del 14 de diciembre de 2015 hay una tabla de sitios autorizados para parar en las vías nacionales, sin embargo, el trabajador incumplió estas instrucciones de la empresa por cuanto a pesar de presentarse situaciones que obligan parar, no reportó previamente la parada para que fuera autorizado.

- Que, además como consecuencia de paradas indebidas o no autorizadas que fueron alertadas en cinco oportunidades, se produjo la disminución sustancial del combustible sin causa objetiva alguna, que fue registrado por el sistema GPS y el sistema satelital SATRAK que instalaron un sensor en el tanque de combustible para registrar la cantidad de combustible utilizado al parar y arrancar el vehículo de lo que tenía conocimiento el trabajador

- Indicó, que antes de referirse a salarios y prestaciones debidas, debía referirse a la excepción de prescripción de derechos, y para ello señaló que la terminación del vínculo laboral ocurrió el 6 de noviembre de 2016 y la demanda fue presentada el 24 de septiembre de 2019, por lo que el *a quo* señaló que hay prescripción sobre los derechos del trabajador anteriores al 24 de septiembre de 2016, y como quiera que se extendió el contrato hasta el 6 de noviembre de 2016, los eventuales derechos vigentes o no prescritos serían del 24 de septiembre al 6 de noviembre de 2016.

- En cuanto a la terminación del contrato señaló, que es claro que la terminación del contrato de trabajo tiene una causa legítima respecto a la conducta del trabajador quien no tuvo en cuenta la directriz impuesta por la empresa.

- Respecto, a la liquidación de derechos por el periodo 16 de noviembre de 2017, hasta el 6 de noviembre de 2016, si se tiene la base para liquidar cesantías, primas, vacaciones, de acuerdo con los valores de estos conceptos y el ultimo salario \$1.030.105, es claro que se pagaban otros conceptos como el trabajo suplementario (dominicales y festivos), los cuales si se solicita el reajuste de estos según jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral deben probarse, pues no basta con señalarlos.

- Que, de acuerdo a lo anterior, negó la pretensión sobre el trabajo suplementario, esto es, horas extras adicionales a las reconocidas por la pasiva como efecto para reliquidar prestaciones sociales, vacaciones con el incremento del 35% por ser extras diurnas, pero desconociéndose el valor de las mismas y en qué fechas se presentaron, carga probatoria que estaba a cargo del demandante y que además requería que estuvieran autorizadas por el empleador.

- Que, conforme a los efectos de la prescripción, los derechos eventuales no prescritos si es que tiene derecho el actor, serían del 24 de septiembre al 6 de noviembre de 2016, pues los hipotéticos derechos a favor del actor anteriores al 24 de septiembre de 2016 estarían prescritos, por ende, lo anterior implica que solo se tendrá en cuenta para la liquidación de derechos el término de 24 de septiembre de 2016 a la terminación del vínculo 6 de noviembre de 2016, ya que lo anterior al 24 de septiembre de 2016 como se indicó está prescrito.

- Que el artículo 162 del C.S.T. señala las excepciones a la jornada laboral máxima, es decir que cualquier actividad no relacionada en el artículo 162 que son la mayoría, requiere de autorización del Ministerio de Trabajo para poder exigir a sus trabajadores que laboren tiempo extra, y los trabajadores que ejerzan cargos de dirección, confianza y manejo, de servicio domestico, y para el presente caso, el juez *a quo* indicó que no existe prueba de las horas extras o trabajo suplementario por parte del demandante.

- Que si se tiene la base para liquidar cesantías, prima de servicios, vacaciones, de acuerdo a los valores de estos conceptos, el último sueldo \$1.030.105 es claro que se pagaban otros conceptos como el trabajo suplementario, trabajo dominical, incentivo al conductor, que dan como base de liquidación \$1.744.331,08, prima \$1.823.701, vacaciones \$1.666.808, auxilio de alimentación; de igual forma, señaló que el demandante ha aceptado al absolver el interrogatorio que la empresa demandada le pagó las cesantías, razón por la cual no abra condena al respecto, tampoco sobre el calzado o dotación porque el contrato ya finalizó por ende, las mismas perdieron su razón de ser.

- Que en cuanto a las cesantías y la sanción por no pago de cesantías en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indicó que no existe prescripción en cuanto a las cesantías y de igual forma el actor manifestó que estas fueron canceladas luego entonces no existe deuda sobre salarios y prestaciones sociales por ende no señaló que no hay deuda alguna por sanción moratoria.

- Concluyó señalando que el vínculo contractual término con justa causa por parte del empleador, declara la prescripción de derechos salvo cesantías, negó las prestaciones sociales por dotación y trabajo suplementario con incidencia en la reliquidación prestacional solicitada, y del 35% por trabajo adicional de horas extras diurna, vacaciones y demás prestaciones.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

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

- Que, está demostrado en el plenario que el demandante fue desvinculado sin justa causa, ya que las pruebas arrojadas al expediente dejan evidenciado que no existe responsabilidad del actor sobre la pérdida del combustible y que dio origen al proceso adelantado por la empresa demandada.

- Señaló, que está plenamente demostrado que la parte activa nunca ocasionó tal sustracción de combustible como lo quiere hacer ver la demandada, además que las pruebas aportadas por éstas son sin fundamento, totalmente huérfanas y contradictorias, pues no dan certeza sobre la responsabilidad del actor, pues las fotos tomadas por el GPS que sirvieron como fundamento para terminar el contrato de trabajo del actor y traídas al presente proceso, hacen referencia a otro sector o sitio distinto de la geografía colombiana y no demuestra la responsabilidad del demandante.

- Que en oficio de fecha 28 de octubre de 2016, y del 5 de noviembre del 2016 que hacen referencia de la pérdida de combustible para un total de 20.81 galones de combustible y la hora y lugar donde ocurrió tal hecho, y el sitio donde ocurrieron estos hechos hacen referencia al sector Bucaramanga – Cúcuta en el kilometro 85-65 en cuatro oportunidades y en horas de la mañana, con un intervalo de tiempo de minuto o minuto y medio aproximadamente entre la hora de llegada del vehículo y la hora de salida de este, en donde según la demandada se perdió el combustible y que a consideración del actor, en ese espacio mínimo de tiempo no podía perderse

la cantidad de combustible endilgada en cada uno de los cinco llamados de atención, y que dio origen a la terminación

- Que en el interrogatorio de parte, el demandante aceptó que en el vehículo que él conducía existía un sistema de sensor que era monitoreado por medio de un satélite, además tenía conocimiento que la pérdida de combustible era responsabilidad del trabajador, por lo que el actor con la experiencia y teniendo conocimiento de estos sensores no iba a sustraer estos galones de gasolina.

- Que existe responsabilidad de la demandada al no consignar las cesantías del actor en el fondo de pensiones en el término señalado pues esta se hizo extemporáneamente.

- Que las respuestas de la única testigo de la demandada como las de la representante legal de la demandada carecen de fundamento, en especial cuando se le pregunta si el actor laboró más de ocho horas diarias, y ante ello no dieron respuesta, por lo tanto para la parte demandante esas respuestas dan a entender que la parte actora si laboró más de cuatro horas diarias.

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 ENVÍA S.A.S señaló que en el presente trámite procesal se encuentra plenamente demostrada cada una de las motivaciones que generaron como consecuencia la terminación del contrato de trabajo con justa causa al ex trabajador, teniendo en cuenta que este incumplió de forma grave las obligaciones tanto contractuales como reglamentarias generadas en virtud del vínculo laboral que sostuvo con mi representada, ya que el trabajador no dio argumentos suficientes ni solidos del por qué no informó previamente las paradas que iba a realizar con el vehículo asignado en sitios no permitidos y tampoco dio explicaciones fundadas por la pérdida inexplicable de combustible pese al control que desarrollaba la demandada de forma continua y plena sobre los elementos entregados al trabajador para desempeñar sus labores como conductor, en caso concreto, el vehículo y los niveles de combustible que eran monitoreados por el sistema satrack, dispuesto por la compañía y que eran ampliamente conocidos por el trabajador. Pese a ser conocedor el trabajador que en los sitios que estacionó el trabajador, y que fueron objeto como tal de reproche de la empresa que represento, se tenía conocimiento de la venta ilegal de combustibles. Por lo que consideró que la terminación del contrato fue con justa causa, circunstancia que genera como consecuencia la absolución a la demandada de la condena impuesta.

A su vez frente a las pretensiones de solicitud del reconocimiento y pago de horas extras, dominicales o festivos, recargos nocturnos o trabajo suplementario promovidas por el actor no están llamados a prosperar, como quiera que el demandante no indicó en la demanda ni logró demostrar que días laboró el actor al servicio de mi representada en las horas indicadas, razones por las cuales resulta imposible en esta instancia acceder al reconocimiento del trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos. Por lo tanto, solicitó se confirme en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

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 de una justa causa para el despido del Señor JOSÉ ANTONIO NIÑO MANCIPE por parte de su empleador ENVÍA S.A.S? así como también, si el presente caso da lugar al pago de horas extras y trabajo suplementario, e imponer la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de cesantías?

7. CONSIDERACIONES:

En esta instancia, como primera medida, se advierte, que no es objeto de controversia que el señor JOSÉ ANTONIO NIÑO MANCIPE, y la Sociedad ENVÍA S.A.S celebraron un contrato de trabajo a término indefinido del 16 de noviembre del 2007 al 6 de noviembre de 2016, para desarrollar la labor de conductor de vehículo de carga de ruta nacional y doméstica, y como contraprestación a la labor desempeñada se cancelaba como salario la suma de \$1.030.105.00 mensual.

Por el contrario, se presenta disenso en cuanto a la existencia de una justa causa para el despido del Señor JOSÉ ANTONIO NIÑO MANCIPE por parte de su empleador ENVÍA S.A.S., así como también, sobre el reconocimiento y pago del trabajo suplementario presuntamente realizado por el actor, y finalmente, si el presente caso da lugar a imponer la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de cesantías.

Por ende, procede esta Sala de Decisión a analizar como primer aspecto, si en efecto el despido del trabajador fue justificado como concluyó el juez *a quo* y se le garantizó el derecho de defensa.

En principio, 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, en los términos del artículo 167 del C.G.P., el cual dispone, que les corresponde a las partes demostrar los supuestos de hecho en que se sustentan sus pretensiones.

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

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

Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que: *“El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes...”*.

En esa medida, corresponde al trabajador acreditar el hecho simple del despido y demostrado este, ya compete al empleador establecer plenamente la concurrencia de una justa causa imputable al trabajador para justificar la terminación unilateral y, al tiempo, debe demostrar haber garantizado el debido proceso al agotar esta decisión.

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

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

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

De allí que, si bien no se le exija al empleador un procedimiento delimitado y concreto para el despido, ello no significa que este no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa; al respecto,

recientemente en proveído SL2351 de 2020 la Sala de Casación Laboral ha complementado lo expuesto en precedencia y ha delimitado las garantías que deben preceder a la decisión de finalizar el vínculo laboral con base en una justa motivación, así:

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

b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente. _

c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;

d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.

e) La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido.”

Dentro del plenario se aportaron los siguientes elementos probatorios, relacionados con el hecho del despido:

- Acta de descargos, del señor JOSÉ ANTONIO NIÑO MANCIPE, del 29 de octubre de 2016, en donde se le comunica formalmente la apertura del proceso disciplinario con la formulación de los cargos, para lo cual, se le dan a conocer que los hechos o conductas que motivan los descargos, corresponden al incumplimiento de los procedimientos establecidos por la empresa y las órdenes e instrucciones impartidas sobre las cuales tiene capacitación, y a pesar de ello según el seguimiento satelital (Satrack) realizó paradas en sitios no autorizados sin informar ni solicitar autorización del área de seguridad en el vehículo de placas SYL-173, en sectores conocidos como pimpineadores, es decir, donde compran ACPM, sustrayéndolo de los tanques de los vehículos, en el lapso de tiempo en que estuvo en estos sitios (folio 117 a 123 cuaderno de pruebas).
- Carta del 5 de noviembre de 2016, mediante la cual ENVÍA S.A.S da por terminado el contrato individual alegando violación grave a sus obligaciones y prohibiciones contractuales y reglamentarias por cinco paradas en sitios no autorizados con el vehículo de placas SYL-173, el 15 de septiembre, 11, 19 y 21 de octubre de 2016, en la vía

Bucaramanga – Cúcuta, kilómetro 85.65 Bucaramanga – Pamplona, Mutiscua, Norte de Santander, y el 5 de octubre en la vía Bucaramanga – Cúcuta, Kilometro. 67.72 Bucaramanga – Pamplona, y el faltante de 20.81 galones de combustible (ACPM) en el vehículo de placas SYL - 173 en las 5 paradas autorizadas (folio 16 del expediente).

- Contrato individual de trabajo a término indefinido celebrado el 16 de noviembre de 2007 entre COLVANES LTDA. como empleador, representada legalmente por EDUARDO GIRALDO MEJÍA, y JOSÉ ANTONIO NIÑO MANCIPE como trabajador, cuya cláusula séptima del contrato de trabajo delimita justas causas para dar por terminado: *las enumeradas en los artículos 62 y 63 del C.S.T., y a demás las faltas que para el efecto se califiquen como graves en reglamentos y demás documentos que contenga reglamentaciones órdenes, instrucciones o prohibiciones de carácter general o particular, pactos, convenciones colectivas, laudos arbitrales, y las que expresamente convengan calificar así en escritos que formaran parte integrante del presente contrato de trabajo. Expresamente se califican en este acto como faltas graves la violación a las obligaciones y prohibiciones contenidas en la cláusula primera del presente contrato (folio 41 a 42).*
- Clausulas adicionales al contrato individual de trabajo pactadas por las partes firmantes del contrato individual de trabajo y que corresponden a las siguientes obligaciones especiales: *“(...) g) Al estar en la ruta no se puede desviar de esta, ni parar en sitios diferentes a las instalaciones de los clientes, que es donde se realizan las entregas o recolección de las mercancías, documentos o envíos” (folio 29 cuaderno de pruebas aportado por la demandada)*
- Reglamento interno de trabajo, que establece en el artículo 54 como obligaciones especiales del trabajador; *“(...) d) hacer uso racional del combustible de acuerdo a parámetros de consumo por rutas establecidas por la compañía en estadios de rutas realizadas. e) Desviarse de la ruta asignada sin autorización expresa del área de operaciones”* seguidamente en el artículo 56 refiere como prohibiciones, las siguientes: *“(...) j) Dejar el vehículo asignado fuera de parqueaderos establecidos por la Empresa. ñ) No reportarse en los puestos de control, agencias o sitios de descargue” (folio 5 a 23 cuaderno de pruebas aportado por la demandada).*
- Clausulas adicionales al contrato individual de trabajo referente a “uso de combustible” pactadas de común acuerdo por las partes firmantes del contrato individual de trabajo, en donde en la cláusula segunda señala: *“El trabajador se obliga a no sustraer por ningún motivo el combustible del vehículo”* y en la cláusula tercera se indica: *“para garantizar el adecuado uso del combustible y establecer los consumos. El Trabajador se obliga con el empleador a tener en cuenta las siguientes instrucciones: a) Cada vehículo tiene instalado el chip de tanqueo, siendo éste único y no es transferible, b) El suministro de combustible se hará únicamente con la lectura del Chip de tanqueo, el que se programa para cada semana y dentro del mes calendario, con la cantidad de galones. Si el vehículo por alguna razón sobrepasa el cupo asignado, ya sea en la semana o el mes; para poder tanquear, solo se podrá hacer con la autorización expresa del analista de combustible. C) Para establecer un*

adecuado control y que sea eficiente el uso del combustible, la Coordinación de Combustibles, llevará un control de la entrega y distribución del combustible, que realice en cada vehículo. Los cálculos base para el control de los galones suministrados por clase de vehículo, ruta, regional, y demás factores, se realizarán por medio de pruebas y auditorías constantes teniendo en cuenta la información contenida en los kilómetros recorridos que se determinan en el odómetro de cada vehículo, comparados con la información de la plataforma satelital versus los galones tanqueados” (folio 33 cuaderno de pruebas aportado por la demandada).

- El demandante en interrogatorio, aceptó que le pusieron de presente el reglamento interno de trabajo, que tenía conocimiento acerca de que el vehículo que conducía contaba con un sistema de GPS y seguimiento satelital “SATRAK”, y que esos GPS monitoreaban la ruta, en cuanto a si hacían seguimiento permanente a los niveles de combustible, y ACPM, contestó que los sensores fueron instalados en junio de 2016 en el último año laborado por el actor; señaló además, que la empresa nunca le informó que cualquier parada entre el punto de partida y destino debía estar autorizada por la empresa; indicó que normalmente paraba en la Laguna, y que desconoce sobre la pérdida de combustible en las fechas señaladas por la demandada; indicó que solo reporta a la empresa el lugar de recorrido y no solicitan autorización para detener el vehículo, no obstante reconoció que no podía detener el vehículo en cualquier lugar, pero que el año 2016 cuando entró el Señor Juan Pablo nos estableció el Ranchadero como lugar autorizado para detenerse, y antes de que ese señor entrara podían parar en Pamplona, en la Laguna y en Berlín; y finalmente aceptó que la demandada consignaba las cesantías.
- La Representante Legal de la demandada en interrogatorio, señaló si los lugares que reporta las fotografías fue donde se perdió el combustible, contestó “donde se pierde o existe caída del combustible es los sitios donde se toman las fotos”; señaló que la pérdida de combustible se registra debido al sistema satelital que contrató la empresa para hacerle seguimiento al vehículo y al combustible de la empresa, en donde en el are de combustible existe un sensor donde se puede detectar cuantos galones de gasolina tenía el vehículo en ese momento de parar y con cuantos galones arranca, además de señalar el lugar y hora exacta donde se detuvo.
- La testigo Nancy Yaned Largo Cárdenas, indicó que al actor se le dio por finalizado el contrato teniendo en cuenta un proceso disciplinario que se le realizó porque se registraron diferencias en el combustible cuando paraba y arrancaba el vehículo que conducía; explicó que al ingresar a laborar a los conductores se les pone de presente a través de documento los sitios permitidos como parqueo; y al preguntarle si tenía conocimiento sobre las caídas de nivel de combustible del vehículo conducido por el actor, contestó que sí porque el sistema SATRAK instalado en el vehículo registró eso, y desconoce que ello obedeciera a una falla del vehículo porque no se conoce ningún reporte de solicitud de mantenimiento del vehículo; indicó además que según las evidencias que se presentaron el actor no hizo una llamada para reportar alguna parada; agregó que no hace seguimiento a los horarios labores porque eso lo hace la parte operativa.

Con forme a lo anterior, y de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente, está demostrado que el empleador el 28 de octubre de 2016, comunicó al actor su decisión de terminar el contrato de trabajo, con fundamento en la violación grave a sus obligaciones y prohibiciones contractuales y reglamentarias, por realizar cinco paradas en sitios no autorizados con el vehículo de placas SYL-173, el 15 de septiembre, 11, 19 y 21 de octubre de 2016, en la vía Bucaramanga – Cúcuta, kilómetro 85.65 Bucaramanga – Pamplona, Mutiscua, Norte de Santander, y el 5 de octubre en la vía Bucaramanga – Cúcuta, Kilómetro. 67.72 Bucaramanga – Pamplona, y el faltante de combustible en estas paradas no autorizadas en total de 20.81 galones de combustible (ACPM) en el vehículo de placas SYL -173.

Situaciones que fueron puestas en conocimiento al trabajado en diligencia de descargos, y frente a las cuales el actor aceptó estacionarse entre 3 a 4 minutos en el sector de la laguna, Pamplona y la Don Juana desconociendo a qué sector corresponde el kilómetro señalado por el empleador.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL3760 de 2019 recuerda que “*son las partes mismas las llamadas a calificar en primera medida la gravedad de una conducta en los términos del numeral 6° del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, ante lo cual se excluye la competencia judicial para iguales efectos*”. De manera que, si las partes previamente han delimitado que una conducta es susceptible de justa causa para despido, no puede el Juez entrar a valorar la gravedad pues ya para ello previamente se ha pactado la dimensión de esta.

En consecuencia, la Sala advierte que conforme la jurisprudencia y las normas legales aplicables al caso concreto, no se avizora vulneración al derecho de defensa y debido proceso del señor JOSÉ ANTONIO NIÑO MANCIPE, pues se cumplieron los preceptos de comunicación clara, y concreta de los motivos y razones por las cuales se le daba por terminado el contrato de trabajo. De igual manera, se le dio la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, ya que, en la diligencia de descargos, se le puso previamente de presente los documentos que hacen parte de las pruebas en las que se basa la imputación el empleador, lo cual, le permitió al trabajador manifestar lo que consideraba de éstas.

En esa medida, corresponde determinar si se encuentra debidamente demostrada la justa causa del despido alegada por el empleador, y la plena demostración de la ocurrencia del mismo, y al respecto se advierte, como primer aspecto que la justa causa esgrimida al señor JOSÉ ANTONIO NIÑO MANCIPE, se ajusta al numeral 6 del artículo 62 del C.S.T. que establece: “*Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: 6. Cualquiera violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*”

Se resalta, además, que las partes firmantes del contrato individual de trabajo pactaron cláusulas adicionales que corresponden obligaciones especiales en donde quedó especificado: “*(...) g) Al estar en la ruta no se puede desviar de esta, ni parar en sitios diferentes a las instalaciones de los clientes, que es donde se realizan las entregas o recolección de las mercancías,*

documentos o envíos” y cláusulas referentes al uso del combustible, señalando el inciso final de esta parte del contrato que aun por primera vez cualquier violación constituye falta grave, susceptible de justa causa para despido.

De igual forma, en el reglamento interno de trabajo señalan como obligaciones especiales por parte del trabajador, hacer uso racional del combustible de acuerdo con parámetros de consumo por rutas establecidas por la compañía; desviarse de la ruta asignada sin autorización expresa del área de operaciones, y como prohibiciones, dejar el vehículo asignado fuera de parqueaderos establecidos por la empresa; no reportarse en los puestos de control, agencias o sitios de descargue.

En el interrogatorio de parte, el demandante indicó que tenía conocimiento acerca en cuanto a que el vehículo que conducía contaba con un sistema de GPS y seguimiento satelital “SATRAK”, y que esos GPS monitoreaban la ruta y el combustible, y aclaró, que los GPS del combustible fueron instalados en junio de 2016, es decir, que para el momento de los hechos que le fueron imputados, el vehículo que el actor conducía ya contaba con este sistema de rastreo.

Así mismo, aceptó que la demandada le puso de presente el reglamento interno de trabajo, pero negó que la empresa le hubiera informado que cualquier parada entre el punto de partida y destino debía estar autorizada por la empresa; sin embargo, el testigo se contradice en lo expuesto, pues más adelante, reconoce que no podía detener el vehículo en cualquier lugar, lo cual cobra credibilidad con lo dispuesto en el artículo 56 del reglamento interno de trabajo, el cual, el señor NIÑO MANCIPE aceptó conocer, y en donde se establece como prohibiciones “(...) j) *Dejar el vehículo asignado fuera de parqueaderos establecidos por la Empresa.* ñ) *No reportarse en los puestos de control, agencias o sitios de descargue”.*

Adicionalmente, el actor también reconoce en el interrogatorio de parte, que normalmente paraba en el sector conocido como la Laguna, circunstancia que también fue declarada en la diligencia de descargos realizada el 29 de octubre de 2016, en donde manifestó que en los días 15 de septiembre, 11, 19 y 21 de octubre de 2016, en la vía Bucaramanga – Cúcuta -Bucaramanga, y el 5 de octubre en la vía Bucaramanga – Cúcuta, paro en cada recorrido aproximadamente 2 o 3 minutos, en el sector conocido como la Laguna, y en Pamplona

Ahora bien, a folio 37 del cuaderno de pruebas aportado con la contestación a la demanda, se encuentra la tabla de sitios o puntos autorizados por el empleador para que los vehículos paren y se estacionen, destacándose que para la ruta Bucaramanga – Cúcuta, el sitio autorizado para parquear es “La Viuda Negra” a 2km de la Laguna; en consecuencia, al evidenciar que las partes pactaron de mutuo acuerdo como cláusula contractual la prohibición de parar o estacionarse exclusivamente en sitios autorizados por el empleador, y aceptar el demandante en el interrogatorio de parte, y en diligencia de descargos que durante las rutas asignadas los días 15 de septiembre, y 5, 11, 19 y 21 de octubre de 2016, estacionó el vehículo en el sector de la Laguna, y en Pamplona, es claro, que se encuentra demostrada la justa causa del despido alegada por el empleador.

En cuanto a la pérdida de combustible, refiere el actor en el recurso que no tiene responsabilidad porque nunca ocasionó tal sustracción de combustible, además porque las pruebas aportadas por la demandada no tienen fundamento alguno, pues las fotos tomadas por el GPS hacen referencia a otro sector o sitio distinto de la geografía colombiana y no demuestra la responsabilidad del demandante, y no es posible que un intervalo de tiempo de minuto o minuto y medio que se pierda la cantidad de combustible endilgada en cada uno de los cinco llamados de atención, y que dio origen a la terminación.

Sin embargo, los reportes de sistema de posicionamiento global (GPS) o seguimiento satelital, del sistema de sensor de combustible, y la grafica del sistema de sensor SATRACK, obrante a folio 124 a 134 del cuaderno de pruebas, identifican con exactitud que el vehículo de placas SYL 173, asignado al actor, se detuvo en los lugares (Berlín -Pamplona- Norte de Santander) durante el recorrido de la ruta Cúcuta – Bucaramanga – Cúcuta que cubría el actor del 15 de septiembre al 5 de noviembre de 2016, los cuales, en efecto no estaban autorizados por el empleador como sitios de parqueo.

Por ende, contrario a lo afirmado por el recurrente, esta tecnología GPS, instalada en los vehículos de la empresa permite en tiempo real rastrear el lugar específico en que se encuentra el vehículo, sin que exista duda en cuanto al sitio exacto de posicionamiento del vehículo identificado; de manera que para la Sala, no es de recibo la alegación del recurrente en cuanto a una posible inexactitud del lugar de ubicación, pues la fotografías de GPS detallaron los sectores Berlín – Pamplona- la Laguna, como lugares donde se estacionó el vehículo, en los cuales el demandante en diligencia de descargos, y en el interrogatorio de parte aceptó que se había estacionado porque allí era donde normalmente lo hacía.

En igual sentido, se concluye respecto de la pérdida de combustible, pues al contar el tanque de almacenamiento de combustible con un sistema de sensor, era posible detectar la caída de ACPM en el vehículo, lo cual se dio en este caso, y frente a ello el actor no dio ninguna explicación pues en diligencia de descargos manifestó desconocer la causa de la pérdida del combustible, tampoco dio a conocer a su empleador alguna fuga en el tanque de almacenamiento, o falla en el sistema de sensor que diera lugar a un reporte equivocado.

Así las cosas, probado el estacionamiento del vehículo conducido por el actor en sitios no autorizados, la pérdida del combustible, y calificado por las partes que ello era justa causa para despido, está plenamente evidenciado en este caso, se configuraron las justas causas del despido y además, se cumplieron todas las garantías por parte del empleador, para haber adoptado la decisión de terminar unilateralmente el contrato por justa causa imputable al trabajador, por lo que se negaran las suplicas de la demanda en ese punto.

Procediendo con el siguiente problema jurídico; esto es el reconocimiento de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación de cesantías, y el pago de horas extras, vemos con respecto a la cesantías que la norma en cita establece en su numeral tercero que *“El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el*

mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.

En este caso, la parte actora alega que al consignar el empleador de manera extemporánea las cesantías del trabajador en el fondo de pensiones, tiene derecho al pago de la sanción moratoria; sin embargo, a pesar que el demandante no señala los periodos en los cuales presuntamente el empleador no realizó el aporte en el fondo de cesantías, del certificado de aportes al sistema de seguridad social integral, obrante a folios 220 a 238 del anexo de pruebas aportadas con la contestación, se desprende que el empleador durante la relación laboral consignó las cesantías en el fondo de pensiones Horizontes de manera oportuna, esto es, antes del 15 de febrero de cada anualidad.

De igual forma, respecto a la remuneración del trabajo nocturno y suplementario, vemos que el artículo 168 del C.S.T., señala:

“1.El trabajo nocturno por el solo hecho de ser nocturno se remunera con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno, con excepción del caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 <161> literal c) de esta ley. 2. El trabajo extra diurno se remunera con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno. 3. El trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno. 4. Cada uno de los recargos antedichos se produce de manera exclusiva, es decir, sin acumularlo con algún otro”.

De los desprendibles de nómina quincenal aportados de manera completa, y obrantes a folios 159 a 218 del anexo de pruebas allegadas con la contestación, observa la Sala, que el empleador canceló distintas sumas de dinero por concepto de horas extras y trabajo suplementario, de igual forma, el actor tampoco hizo referencia cuales horas extras diurnas o nocturnas no fueron canceladas, circunstancia que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P le correspondía probar a trabajador.

En consecuencia, se confirmará íntegramente la decisión de primera instancia que absolvió al empleador de la sanción moratoria, indemnización por despido sin justa causa, y pago de horas extras; Al no prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, se condenará en costas de segunda instancia, fijándose como agencias en derecho a favor de la parte demandada el equivalente a medio salario mínimo.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia impugnada de fecha sentencia del 16 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

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

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. 068, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 29 de junio de 2021.

[Firma]

Secretario