

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: 54-001-33-31-705-2012-00181-00
PARTIDA TRIBUNAL: 17844
JUZGADO: PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTES: LUIS GONZALO VILLAMIZAR
ACCIONADO: MUNICIPIO DE DURANIA Y
EMPODURANIA, E.S.P.
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO REALIDAD

San José de Cúcuta, **dieciséis** (16) de noviembre 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 06 de octubre de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-33-31-705-2012-00181-00 y P.T. No. 17844 promovido por el señor LUIS GONZALO VILLAMIZAR en contra de EL MUNICIPIO DE DURANIA y la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE DURANIA- EMPODURANIA, E.S.P.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante, por intermedio de apoderado judicial pretende que declare la existencia de una relación laboral subordinada entre él y EL MUNICIPIO DE DURANIA y la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE DURANIA -EMPODURANIA, E.S.P. desde el 01 de junio de 1967 hasta el día 10 de enero de 2006 y en consecuencia se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de los salarios dejados de cancelar, de las cesantías, sus intereses, prima de navidad, prima de antigüedad, prima técnica, prima de vacaciones y vacaciones causadas durante la vigencia del contrato; la cancelación de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, la pensión de jubilación consagrada en la Ley 33 de 1985, los intereses moratorios causados sobre dicha pensión y la indexación de estas 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 comenzó a trabajar al servicio de la ALCADÍA DE DURANIA el día 01 de junio de 1967, para prestar los servicios de recolección y botada de basura de dicho municipio en el sitio denominado la pesa y para mantenimiento en general, los cuales realizaba de manera personal y directa, ayudándose con un vehículo automotor de su propiedad, de 5:00 am hasta las 5:00 pm de lunes a viernes.
2. Que dicha labor se hizo en un principio mediante órdenes verbales, y posteriormente se suscribían documentos de prestación de servicios y finalmente documentos contractuales denominados “ÓRDENES DE TRABAJO” con la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE DURANIA- EMPODURANIA, ESP”.
3. Que el día 10 de enero de 2006 el gerente de EMPODURANIA le comunicó que no seguiría prestando el servicio.
4. Que de conformidad con el Decreto 3135 de 19668 adquirió el derecho a la pensión de jubilación a cargo de su empleador, teniendo en cuenta que no afiliado a la seguridad social, pensión que se consolidó a su favor el día 25 de septiembre de 1990.
5. Que el 01 de junio de 2011 presentó reclamación ante el MUNICIPIO DE DURANIA, solicitando el reconocimiento de una relación laboral subordinada y en consecuencia los salarios, prestaciones sociales y de la seguridad social dejadas de cancelar.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Notificada de la demanda presentada en su contra, la ALCACÍA DEL MUNICIPIO DE DURANIA dio formal contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, indicando que su situación preexistente frente al señor VILLAMIZAR BENITEZ, era la de contratista y contratante de acuerdo a la forma legal de vinculación que siempre se utilizó para la toma de sus servicios, sin que hubiera una relación subordinada entre las partes.

La EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE DURANIA- EMPODURANIA no dio contestación a la demanda.

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 06 de octubre

de 2017 resolvió ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

Para resolver lo anterior, argumentó que no se acreditó en el proceso la existencia del elemento subordinación requerido para que se estableciera la existencia de un contrato realidad entre las partes en conflicto, más aún cuando ninguno de los testimonios rendidos acreditó que el señor Luis Gonzalo Villamizar Benítez cumpliera un horario y acatará órdenes de los aquí demandados frente a la actividad desempeñada por la parte actora; indicó que coincidieron la totalidad de los testimonios acreditándose la misma en su dicho, pero frente a la materialización de la subordinación aquí requerida está no se evidenció, no se probó.

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 en el proceso se evidenció la prestación personal del servicio que se pregona así como los extremos del vínculo jurídico existente entre el demandante y las demandadas, y el artículo 20 del decreto 2127 de 1945 que regula las relaciones laborales entre las entidades públicas y los trabajadores oficiales señala de manera contundente y clara que “el contrato de trabajo se presume entre quién presta cualquier servicio personal y quién lo recibe o aprovecha corresponde a este último destruir la presunción” y por tanto es el empleador quién tiene la carga de destruir la presunción de la existencia del contrato de trabajo, lo cual no ocurrió; y por el contrario, sí existe material probatorio que acredita la subordinación o dependencia en que desarrolló la labor del señor Luis Gonzalo Villamizar Benítez

Precisó que dentro del proceso quedó demostrado que el señor Luis Gonzalo Villamizar realizó las labores de recolección transporte y botada de las basuras del municipio de Durania recibiendo órdenes de los funcionarios de la alcaldía y Empodurania con lo que se acredita la subordinación laboral que realmente existió; que esta situación encuentra su fundamento probatorio de la siguiente manera: a folios 153 a 155 del expediente reposan declaraciones juramentadas de los señores Juan Vicente Patiño, Alberto Uribe Patiño y Ramiro Niño Jaimes las cuales no fueron tachadas ni objetadas ni controvertidas por la parte demandada lo que constituye plena prueba que el juez no puede ignorar ni pasar por alto, declaraciones donde los citados testigos manifestaron de manera categórica que el señor Luis Gonzalo Villamizar, realizaba la labor de recolección transporte y votada de las basuras de todo el municipio más bajo las órdenes de funcionarios de la alcaldía; que estas pruebas testimoniales integradas con la serie de actividades que se exigía realizar al actor estipuladas en los elementos contractuales que obran en el expediente a folios 13 a 152 y con la prolongación y desarrollo de las mismas de manera continua, infieren de

manera lógica la existencia de una subordinación jurídica y económica del accionante con la entidad demandada teniendo en cuenta que las funciones de recolección transporte y botada de aseo del municipio de Durania no son actividades que impliquen autonomía técnica, administrativa o financiera pero sí más bien labores ordinarias que no demandan conocimientos especializados que necesariamente en la realidad debían realizarse sujetas a las órdenes de la Administración municipal.

Informó respecto del horario de servicios y la forma en que debía desarrollar la labor, que además de disponer la botada en el lugar y bajo las condiciones que así se lo exigieren, el señor Luis Gonzalo Villamizar Benítez no podía disponer finalmente los residuos en el lugar y de la forma como se le antojara pues debía hacerlo conforme a las órdenes impartidas por parte del municipio de Durania y Empodurania.

Que entonces también quedó acreditada la remuneración conforme a los elementos probatorios que obran a folios 13 a 152 del expediente y habiendo quedado demostrada la concurrencia de los tres elementos del contrato de trabajo al Señor Luis Gonzalo Villamizar le asistían los derechos laborales solicitados en la demanda.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

PARTE DEMANDANTE. Alegó la parte que fue acreditada en el proceso la prestación personal del servicio del demandante a favor de las demandadas, desde el 01 de junio de 1967 y hasta el 10 de enero de 2006 y por tanto la sentencia del A quo desconoció el mandato legal consagrado en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 según el cual una vez probada dicha prestación personal del servicio, se presume la existencia de un contrato de trabajo, trasladando la carga de la prueba en cabeza del empleador, el cual, en este caso, no desvirtuó dicha presunción y por tanto, debió haberse declarado la existencia de una relación de dicha naturaleza, y condenado a las acreencias solicitadas en la demanda.

Una vez cumplido el término para el efecto, sin que las entidades demandadas ejercieran su derecho a presentar alegaciones finales, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

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

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

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **los problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala se reducen a determinar si en este caso se encuentra probada la existencia del contrato de trabajo alegado por el señor LUIS GONZÁLEZ VILLAMIZAR BENÍTEZ con LA ALCADÍA DE DURANIA Y LA EMPRESA DE SERVICIOS DOMICILIARIOS DE DURANIA- EMPODURANIA desde el 01 de junio de 1967 y el 10 de enero de 2006 y en consecuencia, proceden a favor de aquel, los pagos solicitados en el libelo demandatorio.

En este caso, la parte demandante LUIS GÓNZALEZ VILLAMIZAR BENÍTEZ pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Durania EMPODURANIA E.S.P. y el Municipio de Durania desde el 01 de junio de 1967 hasta el 10 de enero de 2006, y en consecuencia, que se condene a estos al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, sanción moratoria por el no pago del auxilio de cesantías contemplada en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, subrogada por el artículo 5º de la Ley 1071 2006, la pensión de jubilación contemplada en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación.

Lo primero que debe señalarse es que, mediante el Acuerdo 001 de 20 de febrero de 1998 (folios 196 a 199), el Concejo Municipal de Durania Norte de Santander, creó la Empresa de Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo EMPODURANIA E.P.S., como una dependencia de la administración municipal.

Ahora bien, dado que el demandante LUIS GÓNZALEZ VILLAMIZAR BENÍTEZ pretende que se declare la existencia de un contrato realidad entre él y esta empresa, deben analizarse las normas que regulan en el sector público la vinculación de los trabajadores oficiales a través del contrato de trabajo.

Conforme el 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 ibídem.

Por su parte, el artículo 20 de esta norma, subrogado por el artículo 2º 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 legal esta que admite prueba en contrario y que se complementa con el artículo 3º 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 que a la relación se le otorguen.

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es de cargo del empleador desvirtuar la presunción.

En torno al tema, la Sala de Casación Laboral de la HCSJ en decisión SL4027-2017, con radicación 45344, precisó:

“De ahí que, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada. Sin embargo, no será necesaria la acreditación de la citada subordinación, con la producción de la respectiva prueba, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal consagrada en el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo que reza: «Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario, es decir, que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual de índole laboral.”

En este caso, como prueba de la prestación de los servicios del demandante LUIS GÓNZALEZ VILLAMIZAR BENÍTEZ, se allegaron los siguientes documentos:

Folio	Nº Orden o contrato de prestación de servicios / Orden de pago	Objeto/Concepto	Duración general del contrato o servicios pagados	Días efectivamente prestados mensualmente	Valor
Año 1967					
137	Cuenta cobro de 01 junio 1967	Pago de servicio aseo urbano	Mayo 1967		\$350
138	Cuenta cobro de 08 julio 1967	Pago de servicio aseo urbano	Junio 1967		\$350
139	Cuenta cobro de 08 agosto1967	Pago de servicio aseo urbano	Julio 1967		\$350
140	Cuenta cobro 05 septiembre 1967	Pago de servicio aseo urbano	Agosto 1967		\$350
141	Cuenta cobro de 30 noviembre 1967	Pago de servicio aseo urbano	Noviembre 1967		\$350
142	Cuenta cobro de 31 diciembre 1967	Pago de servicio aseo urbano	Diciembre 1967		\$350
Año 1975					
132	Cuenta cobro de 08 junio 1976	Pago de servicio aseo urbano	Mayo 1976		\$800
133	Cuenta cobro de 15 octubre 1976	Pago de servicio aseo urbano	Agosto 1976		\$800
134	Cuenta cobro de 15 octubre 1976	Pago de servicio aseo urbano	Septiembre 1976		\$800
135	Cuenta cobro de 07 diciembre 1976	Pago de servicio aseo urbano	Octubre1976		\$800

136	Cuenta cobro de 31 diciembre 1976	Pago de servicio aseo urbano	Diciembre 1976		\$800
Año 1977					
126	Cuenta cobro de 14 abril 1977	Pago de servicio aseo urbano	Marzo 1977		\$900
127	Cuenta cobro de 16 mayo 1977	Pago de servicio aseo urbano	Abril 1977		\$900
128	Cuenta cobro de 14 junio 1977	Pago de servicio aseo urbano	Mayo 1977		\$900
129	Cuenta cobro de 08 julio 1977	Pago de servicio aseo urbano	Junio 1977		\$900
130	Resolución Administrativa Nº 123 de 16 agosto 1977	Pago de servicio de aseo	Julio 1977		\$900
131	Cuenta cobro de 30 noviembre 1977	Pago de servicio aseo urbano	Noviembre 1977		\$900
Año 1978					
122	Cuenta cobro de 24 mayo 1978	Pago de servicio aseo urbano	Abril 1978		\$1.000
123	Cuenta cobro de 31 agosto 1978	Pago de servicio aseo urbano	Agosto 1978		\$1.000
124	Cuenta cobro de 20 octubre 1978	Pago de servicio aseo urbano	Octubre 1978		\$1.000
125	Cuenta cobro de 30 diciembre 1978	Pago de servicio aseo urbano	Noviembre 1978		\$1.000
Año 1979					
117	Cuenta cobro de 28 febrero 1979	Pago de servicio aseo urbano	Febrero de 1979		\$1.500
118	Cuenta cobro de 11 junio 1979	Pago de servicio aseo urbano	Mayo de 1979		\$1.500
119	Cuenta cobro de 05 agosto 1979	Pago de servicio aseo urbano	Julio de 1979		\$1.500
120	Cuenta cobro de 08 septiembre 1979	Pago de servicio aseo urbano	Agosto de 1979		\$1.500
121	Cuenta cobro de 04 octubre 1979	Pago de servicio aseo urbano	Septiembre de 1979		\$1.500
116	Resolución Administrativa Nº 204 de 10 noviembre 1979	Pago de servicio de aseo	Octubre de 1979		\$1.500
Año 1980					
114	Cuenta cobro de 28 de agosto de 1980	Pago de servicio aseo urbano	Junio 1980		\$2.000
115	Resolución Administrativa Nº 238 de 28 agosto 1980	Pago de servicio de aseo	Julio 1980		\$2.000
Año 1981					
110	Contrato Nº 0001 de 1981	Prestar sus servicios personales de recolección de aseo urbano en la cabecera municipal durante el año de 1981 en los meses de enero a diciembre, servicio que prestará en el vehículo de su propiedad todos los martes de cada semana.	12 meses Enero a diciembre 1981	4 días	\$2.000 mensuales
111	Resolución Administrativa Nº 214 de 09 agosto 1981	Pago de servicio de aseo	6 meses Enero a junio 1981		\$2.000 mensuales
112	Resolución Administrativa Nº 189 de 29 julio 1981	Pago de servicio de aseo	Julio 1981		\$2.500 mensuales

113	Resolución Administrativa Nº 381 de 30 diciembre 1981	Pago de servicio de aseo	6 meses Julio a diciembre 1981		\$12.500
Año 1982 (No hay prueba de prestación de servicios)					
Año 1983					
105	Resolución Administrativa 168 de 15 de julio 1983	Aumento con retroactividad de enero a junio de 1983, como recolector de aseo urbano a razón de \$2000 mensuales en el Municipio de Durania.	6 meses Enero a junio de 1983		\$12.000
104	Resolución Administrativa 170 de 15 de julio 1983	Pago de servicio de aseo	3 meses Abril, mayo y junio 1983		\$7.000
106	Resolución Administrativa 183 de 30 de julio 1983	Pago de servicio de aseo	1 mes julio 1983		\$7.000
107	Resolución Administrativa 260 de 05 octubre 1983	Pago de servicio de aseo	1 mes Agosto 1983		\$7.000
108	Resolución Administrativa 296 de 03 de noviembre 1983	Retroactivo de los meses de agosto y septiembre	2 mes Agosto y septiembre 1983		\$4.000
109	Resolución Administrativa 297 de 03 noviembre 1983	Pago de servicio de aseo	1 mes Octubre 1983		\$9.000
Año 1984					
99	Contrato de recolección de basuras	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos los actores, lugares y barrios donde haya acceso al vehículo.	12 meses Enero a diciembre 1984	4 días	\$9.000 mensuales
100	Cuenta cobro de 30 marzo 1984	Pago de servicio aseo urbano	Enero, febrero, marzo de 1984		\$27.000
101	Cuenta cobro de 30 junio 1984	Pago de servicio aseo urbano	Abril, mayo y junio de 1984		\$27.000
102	Cuenta cobro de 30 septiembre 1984	Pago de servicio aseo urbano	Julio, agosto y septiembre de 1984		\$27.000
103	Orden de Pago ____ 30 de diciembre 1984	Pago de servicio aseo urbano	Octubre, noviembre y diciembre 1984		\$27.000
Año 1985					
95	Contrato de recolección de basuras	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos los actores, lugares y barrios donde haya acceso al vehículo.	12 meses Enero a diciembre 1985	4 días	\$10.000 mensuales
96	Orden Pago Nº 115 de 06 junio 1985	Pago de servicio aseo urbano	Enero, febrero, marzo, abril y mayo 1985		\$50.000
97	Orden Pago Nº 281 de 30 septiembre 1985	Pago de servicio aseo urbano	Junio, julio, agosto y		\$40.000

			septiembre 1985		
98	Orden Pago Nº417 de 31 diciembre 1985	Pago de servicio aseo urbano	Octubre, noviembre y diciembre 1985		\$30.000
Año 1986					
92	Contrato de recolección de basuras 16 de enero de 1986	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos los actores, lugares y barrios donde haya acceso al vehículo.	12 meses Enero a diciembre 1987	4 días	\$11.000 mensuales
93	Orden Pago Nº 188 de 30 julio 1986	Pago de servicio aseo urbano	Mayo, junio y julio de 1986		\$33.000
94	Orden Pago Nº 325 de 30 de octubre de 1986	Pago de servicio aseo urbano	Septiembre y octubre de 1986		\$22.000
Año 1987					
80-81	Nº 02 de 31 de diciembre 1986	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos los actores, lugares y barrios donde haya acceso al vehículo.	12 meses Enero a diciembre 1987	4 días	\$12.000 mensuales
86	Orden Pago Nº 70 de 28 marzo 1987	Pago de servicio aseo urbano	Enero, febrero, marzo de 1987		\$36.000
87	Orden Pago Nº 234 de 30 de junio de 1987	Pago de servicio aseo urbano	Abril, mayo y junio de 1987		\$36.000
89	Orden Pago Nº 360 de 30 de agosto de 1987	Pago de servicio aseo urbano	Julio y agosto de 1987		\$34.000
90	Orden Pago Nº 488 de 30 de octubre de 1987	Pago de servicio aseo urbano	Septiembre y octubre de 1987		\$34.000
91	Orden Pago Nº ____ de 30 de diciembre de 1987	Pago de servicio aseo urbano	Noviembre y diciembre de 1987		\$34.000
Año 1988					
82	Nº 098 de 30 de marzo de 1988	Pago aseo urbano	Enero, febrero y marzo 1988		\$60.000
83	Nº 256 de 11 julio de 1988	Pago servicio aseo urbano	Abril, mayo y junio 1988		\$60.000
84	Nº 256 de 30 diciembre 1988	Servicios prestados de aseo urbano.	Octubre, noviembre y diciembre 1988		\$60.000
Año 1989					
76-79	20 abril de 1989	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos los actores, lugares y barrios donde haya acceso al vehículo.	12 meses Enero a diciembre 1989	4 días	\$25.000 mensuales
Año 1990					
No hay prueba de prestación de servicios de enero a mayo de 1990					

72	Nº 302 de 30 septiembre 1990	Pagos servicios prestados recolector de aseo urbano	Junio, julio, agosto y septiembre 1990	No tiene información	\$120.000
73	Nº 381 de 30 octubre 1990	Pagos servicios prestados recolector de aseo urbano	Octubre 1990	No tiene información	\$30.000
74	Nº 438 de 30 noviembre 1990	Pagos servicios prestados recolector de aseo urbano	Noviembre 1990	No tiene información	\$30.000
75	Nº 488 de 30 diciembre 1990	Pagos servicios prestados recolector de aseo urbano	Diciembre 1990	No tiene información	\$30.000
Año 1991					
66	Nº 064 de 30 abril 1991	Pagos servicios prestados recolector de aseo urbano	Enero, febrero, marzo y abril de 1991	No tiene información	\$160.000
67	Nº 125 de 30 mayo 1991	Pagos servicios prestados recolector de aseo urbano	Mayo 1991	No tiene información	\$40.000
68	Nº 244 de 30 julio 1991	Pagos servicios prestados recolector de aseo urbano	Junio y julio 1991	No tiene información	\$80.000
69	Nº 364 de 30 septiembre 1991	Pagos servicios prestados recolector de aseo urbano	Agosto y septiembre 1991	No tiene información	\$80.000
70	Nº 448 de 30 octubre 1991	Pagos servicios prestados recolector de aseo urbano	Octubre 1991	No tiene información	\$40.000
No hay prueba de prestación de servicio en el mes de noviembre de 1991					
71	Nº 638 de 30 diciembre 1991	Pagos servicios prestados recolector de aseo urbano	Diciembre1991	No tiene información	\$40.000
Año 1992					
65	30 enero 1992	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos los actores, lugares y barrios donde haya acceso al vehículo.	12 meses Enero a diciembre 1992	4 días	\$600.000
Año 1993					
64	01 enero 1993	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos los actores, lugares y barrios donde haya acceso al vehículo.	12 meses Enero a diciembre 1993	4 días	\$840.000
Año 1994					
63	15 enero 1994	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos	12 meses Enero a diciembre 1994	4 días	\$1.200.000

		los actores, lugares y barrios donde haya acceso al vehículo.			
Año 1995					
62	15 enero 1995	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos los actores, lugares y barrios donde haya acceso al vehículo.	12 meses Enero a diciembre 1995	4 días	\$1.440.000
Año 1996					
61	03 enero 1996	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos los actores, lugares y barrios donde haya acceso al vehículo.	12 meses Enero a diciembre 1996	4 días	\$1.800.000
Año 1997					
57	03 enero 1997	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos los actores, lugares y barrios donde haya acceso al vehículo.	3 meses Enero, febrero marzo 1997	4 días	\$525.000
58	01 abril 1997	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos los actores, lugares y barrios donde haya acceso al vehículo.	3 meses Abril, mayo y junio 1997	4 días	\$525.000
59	01 julio 1997	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos los actores, lugares y barrios donde haya acceso al vehículo.	3 meses Julio, agosto y septiembre 1997	4 días	\$525.000
60	01 octubre 1997	Prestar sus servicios personales de RECOLECTOR DE ASEO URBANO semanalmente los <u>días martes</u> en esta población por todos los actores, lugares y	3 meses Octubre, noviembre y diciembre 1997	4 días	\$525.000

		barrios donde haya acceso al vehículo.			
Año 1998					
53	01 enero 1998	Prestar sus servicios personales en el transporte del aseo urbano y haciendo uso de su vehículo, mediante una programación presentada por el contratista en el tiempo y forma determinada por él.	3 meses Enero, febrero marzo 1998	No tiene información	\$611.478
54	01 abril 1998	Prestar sus servicios personales en el transporte del aseo urbano y haciendo uso de su vehículo, mediante una programación presentada por el contratista en el tiempo y forma determinada por él.	2 meses Abril y mayo 1998	No tiene información	\$611.478
55	01 junio 1998	Prestar sus servicios personales en el transporte del aseo urbano y haciendo uso de su vehículo, mediante una programación presentada por el contratista en el tiempo y forma determinada por él.	3 meses Junio, julio y agosto 1998	No tiene información	\$407.652
56	01 septiembre 1998	Prestar sus servicios personales en el transporte del aseo urbano y haciendo uso de su vehículo, mediante una programación presentada por el contratista en el tiempo y forma determinada por él.	4 meses Septiembre, octubre, noviembre y diciembre 1998	No tiene información	\$815.304
Año 1999					
49	01 marzo 1999	Prestar sus servicios personales en el transporte del aseo urbano y haciendo uso de su vehículo, mediante una programación presentada por el contratista en el tiempo y forma determinada por él.	3 meses Enero, febrero marzo 1999	No tiene información	\$709.380
50-51	30 junio 1999	Prestar sus servicios personales en el transporte del aseo urbano y haciendo uso de su vehículo, mediante una programación presentada por el contratista en el	3 meses Abril, mayo y junio 1999	No tiene información	\$709.380

		tiempo y forma determinada por él.			
52	30 octubre 1999	Prestar sus servicios personales en el transporte del aseo urbano y haciendo uso de su vehículo, mediante una programación presentada por el contratista en el tiempo y forma determinada por él.	3 meses Octubre, noviembre y diciembre 1999	No tiene información	\$709.380
Año 2000					
45	01 enero 2000	Prestar sus servicios personales en el transporte del aseo urbano y haciendo uso de su vehículo, mediante una programación presentada por el contratista en el tiempo y forma determinada por él.	2 meses Enero a febrero 2000	No tiene información	\$472.920
46	01 marzo 2000	Prestar sus servicios personales en el transporte del aseo urbano y haciendo uso de su vehículo, mediante una programación presentada por el contratista en el tiempo y forma determinada por él.	3 meses Marzo, abril y mayo 2000	No tiene información	\$780.300
47	01 junio 2000	Prestar sus servicios personales en el transporte del aseo urbano y haciendo uso de su vehículo, mediante una programación presentada por el contratista en el tiempo y forma determinada por él.	3 meses Junio, julio y agosto 2000	No tiene información	\$780.300
48	01 septiembre 2000	Prestar sus servicios personales en el transporte del aseo urbano y haciendo uso de su vehículo, mediante una programación presentada por el contratista en el tiempo y forma determinada por él.	4 meses Septiembre, octubre, noviembre y diciembre 2000	No tiene información	\$780.300
Año 2001					
No hay prueba de prestación de servicios en los meses de enero y febrero de 2001					
41-42	07 marzo 2001	Prestar sus servicios personales en la recolección de las basuras <u>los días viernes en el casco urbano del</u>	3 mes Marzo, abril y mayo 2001	12 días	\$858.000

		<u>Municipio</u> de <u>Durania.</u>			
No hay prueba de prestación de servicios en los meses de junio de 2001					
43	01 julio 2001	Prestar sus servicios personales en la recolección de las basuras <u>los días viernes en el casco urbano del Municipio de Durania.</u>	1 mes Julio 2001	4 días	\$286.000
No hay prueba de prestación de servicios en los meses de agosto y septiembre de 2001					
44	01 septiembre 2001	Prestar sus servicios personales en la recolección de las basuras <u>los días martes en el casco urbano del Municipio de Durania.</u>	1 mes Octubre 2001	4 días	\$286.000
No hay prueba de prestación de servicios en los meses de noviembre y diciembre de 2001					
Año 2002					
No hay prueba de prestación de servicio en los meses de enero, marzo, abril, mayo y junio de 2002					
36	31 mayo 2002	Prestar sus servicios personales en el transporte de aseo urbano, <u>los días martes en</u> el municipio de Durania.	1 mes Junio 2002	4 días	\$509.000
37	30 de junio 2002	Prestar sus servicios personales en el transporte de aseo urbano, <u>los días martes en</u> el municipio de Durania.	1 mes Julio 2002	4 días	\$309.000
38	30 de julio 2002	Prestar sus servicios personales en el transporte de aseo urbano, <u>los días martes en</u> el municipio de Durania.	1 mes Agosto 2002	4 días	\$309.000
39	30 de agosto 2002	Prestar sus servicios personales en el transporte de aseo urbano, <u>los días martes en</u> el municipio de Durania.	1 mes Septiembre 2002	4 días	\$309.000
40	30 de septiembre 2002	Prestar sus servicios personales en el transporte de aseo urbano, <u>los días martes en</u> el municipio de Durania.	1 mes Octubre 2002	4 días	\$309.000
No hay prueba de prestación de servicios en los meses de noviembre y diciembre de 2002					
Año 2003					
26	01 enero 2003	Prestar sus servicios personales en la recolección de las	1 mes		\$332.000

		basuras del Municipio.	Enero 2003	No tiene información	
27	28 febrero 2003	Prestar sus servicios personales en la recolección de las basuras <u>los días</u> <u>viernes en el casco</u> <u>urbano del</u> <u>Municipio de</u> <u>Durania.</u>	1 mes Marzo 2003	4 días	\$332.000
28	31 marzo 2003	Prestar sus servicios personales en la recolección de las basuras <u>los días</u> <u>viernes en el casco</u> <u>urbano del</u> <u>Municipio de</u> <u>Durania.</u>	1 mes Abril 2003	4 días	\$332.000
29	30 abril 2003	Prestar sus servicios personales en la recolección de las basuras <u>los días</u> <u>viernes en el casco</u> <u>urbano del</u> <u>Municipio de</u> <u>Durania.</u>	1 mes Mayo de 2003	4 días	\$332.000
30	30 mayo 2003	Prestar sus servicios personales en la recolección de las basuras <u>los días</u> <u>viernes en el casco</u> <u>urbano del</u> <u>Municipio de</u> <u>Durania.</u>	1 mes Junio de 2003	4 días	\$332.000
31	30 junio 2003	Prestar sus servicios personales en la recolección de las basuras <u>los días</u> <u>viernes en el casco</u> <u>urbano del</u> <u>Municipio de</u> <u>Durania.</u>	1 mes Julio 2003	4 días	\$332.000
32	30 julio 2003	Prestar sus servicios personales en la recolección de las basuras <u>los días</u> <u>viernes en el casco</u> <u>urbano del</u> <u>Municipio de</u> <u>Durania.</u>	1 mes Agosto 2003	4 días	\$332.000
33	30 agosto 2003	Prestar sus servicios personales en la recolección de las basuras <u>los días</u> <u>viernes en el casco</u> <u>urbano del</u> <u>Municipio de</u> <u>Durania.</u>	2 meses Septiembre y octubre 2003	4 días	\$332.000
34	30 octubre 2003	Prestar sus servicios personales en la recolección de las basuras <u>los días</u> <u>viernes en el casco</u> <u>urbano del</u> <u>Municipio de</u> <u>Durania.</u>	1 mes Noviembre 2003	4 días	\$332.000
35	30 noviembre 2003	Prestar sus servicios personales en la recolección de las basuras <u>los días</u> <u>viernes en el casco</u> <u>urbano del</u>	1 mes Diciembre 2003	4 días	\$332.000

		<u>Municipio de Durania.</u>			
Año 2004					
10	01 enero 2004	Prestar servicio de suministro de arena y su transporte para el mantenimiento del relleno sanitario, <u>realizando cuatro viajes una vez por semana</u>	30 días Enero 2004	16 días	\$225.000
11	01 febrero 2004	Prestar sus servicios de transporte de residuos solidos <u>el martes y viernes</u> en el vehículo de su propiedad hacia el relleno sanitario.	30 días Febrero 2004	8 días	\$420.000
12 -13	01 marzo 2004	Prestar los servicios de contrato del vehículo de su propiedad para el transporte de residuos sólidos para la empresa Empodurania. Mes de marzo de 2004.	30 días Marzo 2004	No tiene información	\$420.000
14-15	01 abril 2004	Prestar los servicios de contrato del vehículo de su propiedad para el transporte de residuos sólidos para la empresa Empodurania. Mes de abril de 2004.	30 días Abril 2004	No tiene información	\$420.000
16-17	01 mayo 2004	Prestar los servicios de contrato de arrendamiento del vehículo de su propiedad para el relleno sanitario de residuos sólidos para la empresa Empodurania.	30 días Mayo 2004	No tiene información	\$170.000
18-19	01 junio 2004	Prestar los servicios de contrato de arrendamiento del vehículo de su propiedad para el relleno sanitario de residuos sólidos del Municipio.	30 días Junio 2004	No tiene información	\$420.000
20-21	01 julio 2004	Prestar los servicios de contrato de arrendamiento del vehículo de su propiedad para el relleno sanitario de residuos sólidos del Municipio.	30 días Julio 2004	No tiene información	\$420.000
22-23	01 agosto 2004	Prestar los servicios de contrato de arrendamiento del vehículo de su propiedad para el relleno sanitario de residuos sólidos del Municipio.	3 meses Agosto, septiembre y octubre 2004	No tiene información	\$1.260.000

24-25	01 noviembre 2004	Prestar los servicios de contrato de arrendamiento del vehículo de su propiedad para el relleno sanitario de residuos sólidos del Municipio.	2 meses Noviembre y diciembre 2004	No tiene información	\$840.000
Año 2005					
8 a 9	001 de 01 enero 2005	Prestar los servicios de transporte de residuos sólidos al relleno sanitario del Municipio de Durania	2 meses Enero a febrero 2005	No tiene información	\$840.000
5 a 7	004 de 01 marzo 2005	Prestar los servicios de transporte de residuos sólidos al relleno sanitario del Municipio de Durania	10 meses Marzo a diciembre 2005	No tiene información	\$4.200.000
Año 2006					
3 a 4	002 de 20 enero 2006	Servicios prestados en el transporte de residuos sólidos en la volqueta de su propiedad al relleno sanitario del municipio.	10 días Enero 2006	No tiene información	\$470.000

Ahora bien, tal como lo alega el apelante en el recurso de apelación la simple prestación de servicio implica que a favor del demandante opera la aplicación de la presunción legal consagrada en el artículo 20 del decreto 2127 de 1945, por lo que se entiende que, en este caso, al tenerse por probada dicha actividad por parte del demandante a favor de las entidades traídas a juicio, la relación estaba regida por un contrato de trabajo.

En ese sentido, se entiende que el juez de primera instancia se equivocó al examinar este caso únicamente desde la óptica del artículo 23 del CST, para determinar si estaban probados los elementos de prestación personal del servicio, remuneración y subordinación; pues cuando se acredita el primero de estos elementos, opera la presunción contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1.945, y se da una inversión de la carga probatoria, por lo que es al presunto empleador quien le corresponde demostrar que el vínculo fue independiente.

Así las cosas, se examinará si la parte demandada cumplió con su carga probatoria, desvirtuando tal presunción, acreditando que el señor LUIS GÓNZALEZ VILLAMIZAR BENÍTEZ, actuó de forma autónoma e independiente.

Al respecto, en la sentencia SL4080 de 2021, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, explicó cuál es la labor del juez cuando requiere establecer la existencia de un contrato de trabajo realidad y las partes en contienda se han vinculado a través de contratos de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“...en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, el juez del trabajo debe constatar, a través de las pruebas aportadas

al proceso, si en la ejecución del contrato pactado formalmente entre las partes, se siguieron o no las pautas en él previstas. Esto por cuanto, de no atenderse dichos parámetros, se presume que la actividad personal se rige por un contrato de trabajo, siendo de cargo de la demandada desvirtuar tal presunción, demostrando que el servicio se desarrolló de manera independiente. De ahí que no es posible derivar la autonomía con la que ejecutó la labor del documento formal elaborado por las partes, pues lo que se controvierte precisamente es la manera cómo los acuerdos contractuales fueron desempeñados y no en qué forma se acordaron.

En ese orden, los contratos denunciados únicamente prueban su existencia, pero no de la forma como se ejecutaron, aspecto que debe indagarse a través de los otros medios de convicción, para determinar, en la realidad, cuál fue la naturaleza de la vinculación. Así se precisó en CSJ SL 22 nov. 2011, rad. 43818:

Advierte la Sala que, la existencia o negativa de un contrato de trabajo no dependen necesariamente del documento contractual que las partes hubieren firmado (en este caso los llamados "CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES", aparentemente independientes), cuando en la realidad se presentan situaciones propias de una relación jurídico laboral.

(...) Así las cosas, encuentra la Sala, que los contratos de prestación de servicios no son suficientes por sí solos para determinar la existencia o no del vínculo laboral, es decir, del texto de los referidos contratos no se puede establecer si hubo subordinación o no de la accionante, ni el carácter del vínculo que unió a las partes, pues sus cláusulas no revelan las condiciones específicas y concretas en que la demandante ejecutó sus actividades, razón por la cual dichos contratos no tiene la fuerza suficiente para derruir la conclusión del Tribunal de estarse en presencia de una relación de índole laboral."

Para determinar ello, es preciso analizar la figura del contratista independiente reglada en el artículo 34 del CST, el cual estipula que "Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva."

De esta forma se analizarán las pruebas para verificar si el desempeño de las actividades del actor se dio en el marco de una relación independiente y autónoma o de un contrato de trabajo.

El apoderado de la parte demandante en el recurso de apelación cuestionó que el juez de primera instancia no hubiere valorado las declaraciones extraprocesales rendidas a folio 143 a 146 del expediente, por lo que se analizará el alcance de estas.

Sobre la admisibilidad de ésta prueba extraprocesal, el artículo 183 del CGP, indica que éstas se practican con la observancia de las reglas establecidas en ese código; a su vez, el artículo 174 ibídem, dispone que la valoración de las pruebas extraprocesales y sus consecuencias jurídicas, le corresponden al juez ante quien se aduzcan, predicándose que a ella puede atribuírsele mérito probatorio, según se explicó en la sentencia T-313 de 2013 de la Corte Constitucional.

En razón de ello, debe decirse que las declaraciones extraprocesales de terceros deben cumplir con los requisitos establecidos en el Código General del Proceso sobre la declaración de terceros, es decir, con los presupuestos del numeral 3º del artículo 221 de esa normatividad, el cual indica que el juez debe velar porque *“...el testimonio sea exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento.”*

En este caso, las declaraciones extraprocesales de los señores JUAN VICENTE PATIÑO CONTRERAS, ALBERTO URIBE PATIÑO y RAMIRO NIÑO JAIMES, tienen un idéntico contenido, manifestando todas, al unísono *“...me consta que desde 1967 hasta el año 2006 fue la persona encargada por el municipio para prestar los servicios personales de transporte de basuras y residuos solidos del municipio, todos los días de manera ininterrumpida por más de ocho (8) horas diarias y bajo las órdenes del gobierno Municipal o sus delegados. En todo el Municipio de Durania durante más de 30 años lo conocí como trabajador al servicio de la Alcaldía cumpliendo las labores antes mencionadas y bajo las órdenes de los funcionarios de la Alcaldía”* (folios 144, 145 y 146).

Conforme se advierte, estas declaraciones extraprocesales carecen de espontaneidad, pues resulta imposible que tres personas diferentes emitan la misma manifestación sobre un determinado hecho; además, ninguno de los declarantes indicó de forma exacta y completa las razones de su conocimiento respecto a existencia del contrato de trabajo entre las partes, ni las razones de tiempo, modo y lugar por las cuáles conocen que el señor LUIS GÓNZALEZ VILLAMIZAR BENÍTEZ, prestó sus servicios personales al Municipio de Durania y Empodurania; sin que se logre apreciar de la referida prueba la certeza de su conocimiento, dado que en la misma no hay detalles precisos y concretos sobre el conocimiento de los hechos discutidos, careciendo de pertinencia los dichos prestados sin cumplir con tal requisito esencial.

En ese sentido, se equivoca el apelante al señalar que ese medio probatorio constituye plena prueba para dar por acreditada la existencia del contrato de trabajo y la subordinación; pues al analizar estos elementos a la luz del principio de la sana crítica, el cual permite a partir de la lógica, la psicología y el sentido común establecer el alcance de estos, no resulta lógico ni es común que tres personas declaren los mismos hechos de forma exacta, debido a que cada experiencia individual, genera percepciones diferentes y la forma

de expresar de las mismas varia, teniendo en cuenta la educación, la cultura, la cercanía con los hechos y las partes, etc.

Por otra parte, rindió el testimonio el señor RAMÓN ANTONIO SOSA APONTE, quien señaló que conoció al demandante LUIS GÓNZALEZ VILLAMIZAR BENÍTEZ; indicó que este se dedicaba a botar el aseo en el casco urbano de Durania, era el conductor y buscaba a una persona para le ayudara, pero no podía asegurar si cumplía un horario de trabajo ni indicar quién le daba órdenes. Por otra parte, señaló que esta actividad era realizada por el demandante con un vehículo que era de su propiedad (folio 279 a 283).

Así mismo, el señor JORGE ELICER OROZCO MORALES, indicó que es yerno del demandante, relató que este tenía un camión cuando empezó a botar la basura en el municipio y después con una volqueta. Además, explicó que la labor era realizada los martes y viernes, desde las 7:00 am a 1:00 pm. Y cuando se le preguntó quién le indicaba al demandante como debía realizar su labor, señaló "Con seguridad no, directamente con el Alcalde", posteriormente, se le cuestionó si recibía órdenes del Alcalde o gerentes de la empresa de servicios públicos y respondió que no le constaba (folios 284 a 287).

Y se examinan estas declaraciones rendidas dentro del juicio con las declaraciones extraprocesales, se encuentra que no hay coherencia entre las mismas; dado que mientras los señores JUAN VICENTE PATIÑO CONTRERAS, ALBERTO URIBE PATIÑO y RAMIRO NIÑO JAIMES, afirmaron fuera del juicio que el demandante laboraba durante todos los días, el señor JORGE ELICER OROZCO MORALES, manifestó que la actividad de recolección de basuras la realizaba durante dos días a la semana, y ello es acorde con las estipulaciones de los contratos que suscribió con el Municipio de Durania, en los cuales se pactó generalmente que el servicio se prestaría los días martes de cada semana, esto es, durante 4 días al mes.

Ahora bien, frente al hecho que la actividad del actor se extendiera temporalmente entre el año 1967 al año 2006, época durante la cual el actor debía prestar los servicios de recolección de basura los días martes y/o viernes, de acuerdo a la estipulación de cada uno de los contratos, es claro que esta situación no necesariamente configura por sí mismo, la existencia de una relación subordinada, en la medida que es posible determinar que la prestación de un servicio se deba dar a ciertas horas, y bajo ciertos parámetros establecidos por la empresa beneficiaria, con el fin de que las actividades se desarrollen de manera adecuada, sin que por esto se descarte que las mismas se realicen de forma autónoma e independiente; máxime cuando el demandante utilizaba vehículos de su propiedad y un ayudante para cumplir el objeto contractual.

Así mismo, alega el apelante que el demandante no podía disponer de los residuos de la forma de su escogencia, sino que debía hacerlo conforme a las órdenes impartidas por las demandadas, pero en este caso no existe una sola prueba que acredite la subordinación y dependencia, debido a que el testigo RAMÓN ANTONIO SOSA APONTE, indicó que no podía señalar de

quién recibía órdenes el demandante; y el señor JORGE ELICER OROZCO MORALES, manifestó que no podía indicar con seguridad quién le daba órdenes al demandante y señaló que no le constaba que este las recibiera.

Al respecto, la HCSJ en su sentencia sl4143 de 2019 indicó lo siguiente:

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.

En este caso, al analizar en conjunto las pruebas referenciadas y aplicando los principios de la sana crítica conforme lo enseña el artículo 61 del C.P.T.S.S., se concluye que **(i)** el señor LUIS GÓNZALEZ VILLAMIZAR BENÍTEZ, prestó sus servicios a la empresa EMPODURANIA, realizando la recolección de basuras, **(ii)** para lo cual tenía un ayudante para desarrollar esa actividad, **(iii) que ejecutó estos servicios utilizando un vehículo automotor de su propiedad**, y **(iv)** que esta vinculación no se dio de forma

continúa en el periodo alegado por la parte demandante, pues si bien temporalmente, inició en el año 1967 hasta el año 2006, la ejecución de cada contrato implicaba desarrollar la actividad en determinados días de la semana.

Un elemento para destacar en la vinculación del actor es que utilizó su propio vehículo para la realización de la actividad de recolección de basuras, esto deja en evidencia que actuaba como un contratista independiente, dado que utilizaba sus propios equipos y herramientas para la realización de dicha labor.

También se denota una independencia y autonomía para el desarrollo de las actividades del actor, debido a que contrataba a una persona para que le sirviera de ayudante en la recolección de basura, lo que quiere decir que no existe el elemento *intuitu personae*, lo que desdibuja la relación laboral.

En estos términos, lo ha concluido la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL1859 de 2020, señaló que:

“Finalmente, la Sala destaca que la censura omitió controvertir que uno de los fundamentos de la decisión del Tribunal para concluir la ausencia del vínculo laboral, y es que encontró que no se probó la prestación personal del servicio a favor de las demandadas, premisa fáctica que derivó el Colegiado del hecho que el accionante podía delegar en terceros la actividad contratada, pues no estaba obligado a hacerlo personalmente y tenía un empleado contratado en calidad de «ayudante», circunstancia esta que desdibuja totalmente la existencia de un contrato laboral.

Uno de los elementos característicos del contrato de trabajo corresponde a la prestación personal de servicios, en virtud de lo cual la actividad «*intuitu personae*» implica que la identidad de la persona que presta el servicio es fundamental. En cuanto a esta característica propia del convenio de trabajo, en sentencia CSJ SL, 25 may. 2010, rad. 38522, se recordó:

Una de las consecuencias de que el contrato de trabajo se entienda *intuitu personae* es, precisamente, que, por haberse pactado por razón a la persona del trabajador, (quien adquiere una obligación que como regla general, sólo él puede cumplir personalmente, esto es, personalísima), ante su fallecimiento no pueda ser atendida por otra persona, así sean sus sucesores. Por manera que la muerte del obligado, en este caso deudor de la prestación subjetiva, extingue las obligaciones para las dos partes, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de contratos, distintos al laboral, en los que sí es posible su continuación, pese al fallecimiento del deudor.

De ahí que, si existe la posibilidad real de satisfacer el servicio a través de terceros, supuesto fáctico definido por el Colegiado y no cuestionado por la censura - se desvanece uno de los elementos característicos de la vinculación laboral, como lo precisó esta Corporación en sentencia CSJ SL 6621-2017 al señalar:

Lo precedente significa que el accionante se obligó a satisfacer una necesidad específica de la Clínica Ferdemán, para lo cual podía contratar profesionales especializados en medicina intensiva, a su cargo. Claro está,

el compromiso de cubrir el servicio correspondiente a la unidad de cuidados intensivos las 24 horas, suponía que el actor debía vincular profesionales bajo su dirección, pues humanamente era imposible prestarlo personalmente.

Queda entonces claro que el elemento intuito personae que caracteriza a los contratos de trabajo, en virtud del cual la identidad del sujeto encargado de la prestación del servicio es fundamental, se rompe al acordarse y verificarse la posibilidad real de satisfacer el servicio a través de terceros.

Este hecho, por lo demás, fue aceptado por el accionante en su demanda inicial, donde relató que tenía personal subcontratado, respecto del cual tenía la obligación de «presentar la hoja de vida» y «reportar previamente cualquier traslado, retiro, cambio de turno y cualquier otra novedad relacionada con la planta de personal subcontratado, con la obligación de aceptar las recomendaciones que al respecto le hiciera la entidad demandada».

Así, dicho elemento se rompe cuando se comprueba la posibilidad de realizar el servicio a través de terceros, lo que encontró acreditado el juez de alzada en este caso particular y no controvertió debidamente la parte actora mediante el recurso extraordinario.”

De lo anterior, surge evidente que no es posible acceder a lo pretendido por la parte demandante, en la medida en que la vinculación existente entre las partes, fue regida por un contrato civil en el cual el demandante actuó en calidad de contratista independiente, ejerciendo sus funciones de manera independiente, determinando la forma en que desarrollaba las mismas, con sus propias herramientas, sin que se ejerciera sobre él un poder subordinante por parte de las entidades demandadas.

Por las razones expuestas ningún reparo merece la sentencia apelada, por lo que será confirmada la decisión proferida el 06 de octubre de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, a cargo del señor LUIS GONZALO VILLAMIZAR BENITEZ y en favor del MUNICIPIO DE DURANIA y de LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE DURANIA- EMPODURANIA.

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de octubre de 2017 por el Juzgado Primero 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 demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, a cargo del señor LUIS GONZALO VILLAMIZAR BENITEZ y en favor de las demandadas, el MUNICIPIO DE DURANIA y de LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE DURANIA-EMPODURANIA.

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. 116, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 17 de noviembre 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: 54-001-31-05-001-2014-00395-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19079
JUZGADO: PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTES: MARCO VINICIO RODRÍGUEZ GONZALEZ
ACCIONADO: AKARGOS, S.A.
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES

San José de Cúcuta, dieciséis (16) de noviembre 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 demandada en contra de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-001-2014-00395-00 y P.T. No. 19079 promovido por el señor MARCO VINICIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ en contra de la empresa AKARGOS, 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, por intermedio de apoderado judicial pretende que declare la existencia de un contrato de trabajo escrito a término indefinido con la empresa demandada, y en consecuencia, se condene a esta al pago de las prestaciones sociales y vacaciones causadas desde el 01 de enero de 2006 y hasta el 30 de septiembre de 2012, las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 CST, y la sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

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 celebró con la empresa AKARGOS, S.A. un contrato de trabajo a término indefinido el día 19 de abril de 1999, el cual finalizó de forma unilateral el día 30 de septiembre de 2012, para ejercer el cargo de GERENTE DE LA OFICINA CÚCUTA, con un salario de \$1.400.000 más utilidades sobre el valor del flete, y finalizando el año 2012 dicho salario fue de \$2.610.673.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Notificada de la demanda presentada en su contra, la empresa AKARGOS, S.A.S., dio formal contestación a la misma, aceptando la existencia de un contrato de trabajo con el demandante, así como los extremos temporales del mismo, el monto de salario mensual y el hecho de deberle las prestaciones sociales a que tenía derecho el trabajador al final del contrato, lo que justificó la pasiva en que la misma se encuentra cesante de sus actividades comerciales desde el año 2010, tiene todas las cuentas y sus activos embargados, y no recibe ingresos por la suspensión de la actividad de transporte.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe del demandado, pago parcial de la obligación, mala fe del demandante, prescripción y compensación.

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 10 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 01 de agosto de 2006 y hasta el 30 de septiembre de 2012, y en consecuencia condenó a esta última al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas desde el año 2008 y hasta el 2012, para un total de TREINTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$32.530.466.70); así mismo, la condenó al pago de la indemnización comprendida en el artículo 65 del CST y de la sanción por no consignación de cesantías en el fondo correspondiente.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado del demandada interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que si bien con la

contestación de la demanda se aceptó la relación laboral que existió entre las partes, así como los extremos temporales y la remuneración recibida por el ex trabajador, las prestaciones sociales que se reclaman con el escrito de la demanda, esto es cesantías, interés de las cesantías, prima de servicio y un descanso remunerado como lo son las vacaciones, se vieron afectadas por el fenómeno extintivo de las obligaciones, denominado prescripción, como puede observarse igualmente del escrito de la demanda da cuenta de que la demanda fue presentada el 3 de octubre del año 2014, significa esto que 3 años hacia atrás, es decir 3 de octubre del 2011, era a partir del cual procedía el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; que no obstante llama la atención que el Despacho ni siquiera hace alusión a la excepción de prescripción respecto a las prestaciones sociales que son reclamadas por la parte demandante, pasando de alto dicha situación que resulta claramente de contabilizar el tiempo que establece el código sustantivo del trabajo en su artículo 488, respecto a el término extintivo de las obligaciones por el paso del tiempo sin ejercer su derecho de acción.

Precisó que en virtud de lo anterior, debe reconocerse las prestaciones que el despacho aduce que se le adeudan y que fue asumido al momento de dar contestación de la demanda por la parte demandada, desde el 3 de octubre del 2011 hacia adelante, significaría esto que sería el 3 de octubre del 2011, hasta la fecha de terminación del contrato.

Informó que con respecto a las vacaciones, a el ex trabajador se le reconocieron las mismas hasta el año 2009 – 2010 y en cuanto a eso entonces se le adeudan únicamente del 2010 hasta el 2012, no del 2008 como erróneamente lo señala el Despacho y de esto entonces reposa prueba dentro del expediente, de lo cual se aportó recibo de nómina y comunicación mediante la cual se notifica al trabajador el reconocimiento de dichas vacaciones.

Frente a la condena al pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías establecidas en el artículo 99 la ley 50 de 1990, la cual sirve de base para la indemnización del artículo 65 del código sustantivo del trabajo, indicó que quedó claramente establecida la situación económica por la que atravesaba la empresa, incluso como se puede evidenciar en los testimonios arrimados y en la prueba de interrogatorio de parte, dicha situación económica se dio en el año 2010, en la medida en que para ese año cesaron las operaciones de la empresa, incluso se cerró la sucursal de Cúcuta y por tal motivo entró en una situación económica muy difícil, que a la fecha, si bien es una empresa que no ha sido posible liquidarse, también es cierto que no tiene ningún tipo de operación hace más de 10 años, no tiene ningún tipo de ingreso y tiene muchas deudas, y en virtud de esto, puede comprobarse la buena fe que para el Despacho menciona no quedar clara.

Que en este sentido se desvirtúa la situación que establece el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, en la medida en que se logra desvirtuar que hubo una mala fe o mal en el actuar por parte de la entidad demandada, por el contrario, debe tenerse como un indicio importante que desde la contestación de la demanda se reconoció la deuda, se reconoció la relación laboral y se reconoció el salario que devengaba el trabajador.

Por otro lado, respecto a la sanción por no consignación de cesantías, argumentó que no le asiste razón al Despacho en la medida en que dicha sanción se causa hasta la fecha en que termina el contrato de trabajo y en gracia de discusión, en caso de que el Tribunal considerara que se le adeuda la misma, esta se debe liquidar hasta la fecha en que termina el contrato de trabajo y no hasta la fecha de pago, pues cómo puede evidenciarse la amplia jurisprudencia que existe al respecto, al momento que termina el contrato, la obligación no es consignar, sino pagar o entregar al trabajador las cesantías adeudadas, en tal sentido la sanción en caso de ser procedente tendría que ser liquidada hasta el mes de septiembre del 2012 y no hasta la fecha en que el Despacho señala que se realice el pago efectivo de la obligación.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

- 1. PARTE DEMANDANTE.** Alegó la parte que se ratifica en lo solicitado en la demanda.

Indicó que la demandada pretende de manera equivocada argumentar la cancelación de las cesantías, y presenta documentos de uso interno como pruebas, toda vez que la única que puede certificar estos depósitos es el mismo fondo de cesantías PROTECCION, lo cual puede certificar que el último pago que se realizó la empresa AKARGO SAS, fue el 17 de febrero del año 2006 por valor de Dos millones ciento cincuenta y tres mil trescientos cuarenta y cinco pesos moneda corriente (\$2.153.345.00), estas correspondiendo al periodo del 01 de enero al 31 de diciembre del año 2005, y para lo cual anexo cuadro de liquidación.

- 2. PARTE DEMANDADA.** En sus alegatos de conclusión, la pasiva indicó que se aportaron pruebas suficientes que dan cuenta del respectivo pago de las acreencias laborales causadas durante la vigencia del contrato, así: • Las cesantías del año 2006-2007, se probó con las colillas de pagos adjuntadas y con la comunicación enviada al Ministerio del trabajo, las cuales fueron pagadas al trabajador por valor de 3.850.000 • Los intereses a la cesantía de los años 2006 y 2007, también fueron pagados al trabajador y así quedó evidenciado con las colillas de pago que reposan dentro del expediente • En cuanto a las vacaciones correspondientes a los años 2006-2007, 2007-2008 y 2008-2009, fueron disfrutadas por el trabajador, fue probadas dentro del proceso con testigo y prueba documental.

Respecto a la sanción moratoria del Artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo y a la sanción por no consignación de cesantías consagrada

en el Artículo 99 de la ley 50 de 1990, indicó que debe tenerse en cuenta que durante la vigencia del contrato que unió a las partes, la empresa trató de cumplir a cabalidad con sus obligaciones conforme a las leyes laborales, y siempre ha actuado de buena fe, no obstante, debe aclararse el motivo por el cual la compañía no ha cumplido con sus obligaciones.

Que al respecto, debe tenerse en cuenta, que la demandada desde el año 2010 se encuentra cesante en sus actividades comerciales, tiene todas las cuentas bancarias y activos embargados y no recibe ingresos por la suspensión de la actividad de transporte conforme a su objeto social, razón por la cual no ha podido cumplir con sus obligaciones y en razón de ello no ha iniciado proceso para entrar en la ley 1116.

Que en virtud de lo anterior, con los pocos activos de los cuales ha podido disponer la empresa, se han ido suscribiendo acuerdos de pago con los trabajadores de la demandada, aun con obligaciones prescritas, con aquellos que han tenido la voluntad de celebrar transacciones y/o conciliaciones, situación que siempre ha sido de suma importancia y prioridad para la demandada, con el fin de no desconocer los derechos de los ex trabajadores.

Que por lo anterior, no debe proceder la condena respecto a las sanciones consagradas en el art. 65 del C.S: T. y en el art. 99 de la ley 50 de 1990, por cuanto la pasiva siempre ha actuado de buena fe y las mismas no proceden de forma automática, es necesario, demostrar la mala fe del deudor, lo cual no es posible en el presente caso, por cuanto su incumplimiento escapa de su voluntad y se debe a situaciones ajenas que le impiden desarrollar su objeto social.

Que no obstante, lo señalado en el numeral anterior, debe indicarse, que aún en caso de que el Despacho considere la procedencia de las sanciones indicadas y consagradas en el Artículo 65 del Código sustantivo del trabajo y artículo 99 de la ley 50 de 1990, es importante tener en cuenta, el error en el que incurrió el Despacho, toda vez que estas sanciones no corren de forma simultánea una vez termine el contrato. Teniendo en cuenta que la obligación del empleador durante la vigencia del contrato es consignar las cesantías y que una vez culmine el contrato, la obligación es entregarlas al trabajador y no consignarlas, es lógico y así lo ha determinado la jurisprudencia reiterada de las altas cortes, concluyendo que la sanción del artículo 99 de la ley 50 de 1990, cesa al momento de la terminación del contrato.

Que debido a lo anterior y en la medida en que a la terminación del contrato la obligación es el pago, una vez finiquite la relación laboral, empieza a correr la sanción moratoria del artículo 65 del C.S. del T.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **los problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala se reducen a determinar (i) si se encuentra probada, de manera parcial, la excepción de prescripción de las prestaciones sociales a cuyo pago fuera condenada la empresa AKARGOS, S.A.S. a favor del señor MARCO VINICIO RODRÍGUEZ GONZALEZ; igualmente se deberá estudiar (ii) la fecha a partir de la cual procede la condena de pago de las vacaciones a favor del ex trabajador, así como (iii) la procedencia de la indemnización contenida en el artículo 65 del CST y la sanción consagrada en 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 RODRÍGUEZ GONZALEZ y AKARGOS, S.A.S., desde el 01 de agosto de 2006 y hasta el 30 de septiembre de 2012, así como el hecho que la empresa no canceló al demandante, al momento de la terminación de su contrato, las prestaciones sociales debidas, lo cual fue declarado por el A quo en su sentencia y no fue motivo de reproche por alguna de las partes.

Sin embargo, la parte demandada alega que sobre parte de las prestaciones sociales a cuyo pago fue condenada a favor del demandante, operó el fenómeno extintivo de prescripción, y que las vacaciones debidas únicamente lo son a partir del año 2010 en adelante; así mismo, insiste en que hay ausencia de mala fe en su conducta frente al no pago de dichas acreencias laborales, la cual justifica en la crisis financiera por la que atraviesa la empresa, razón esta que, a su juicio, la exime de la cancelación de la indemnización del artículo 65 del CST y aquella del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

I. PRESCRIPCIÓN

El artículo 151 del CPTSS establece que “las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán ***desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible***”; en esta misma línea, el artículo 488 del CST precisa que “las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación, se haya hecho exigible”.

En el presente caso, la relación existente entre las partes finiquitó el 30 de septiembre de 2012 y la demanda fue presentada por el extremo activo el día **03 de octubre de 2014**, sin que conste en el expediente prueba de reclamación presentada ante el empleador, por lo que, es evidente que los derechos causados con anterioridad al 03 de octubre de 2011 se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción, tal y como lo alega el apelante y no como equivocadamente fue resuelto por el A quo, quien, sin tener en cuenta la excepción propuesta por la atacada, la condenó al pago de prestaciones sociales causadas desde el año 2008.

Así las cosas, procederá esta Sala a REVOCAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de agosto de 2020 y en su lugar DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción propuesta por la empresa AKARGOS, S.A.S. y en consecuencia MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de dicha providencia, en el sentido de condenarla al pago de las siguientes acreencias laborales a favor del señor MARCO VINICIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, teniendo como base un salario mensual de \$2.610.673, así:

- **Cesantías:** Dado que el pago de las cesantías se hace exigibles a la fecha de terminación del contrato, hecho que en este caso aconteció el 30 de septiembre de 2012, se tiene que al haberse presentado la demanda el día 03 de octubre de 2014, es decir dentro de los tres años siguientes a dicho suceso, esta prestación no se encuentra afectado por el fenómeno extintivo.

Igualmente, si bien en la demanda se solicita el pago de esta acreencias desde el año 2006, en los documentos aportados al proceso por la pasiva, se observa a folio 276 que el demandante solicitó el día 09 de octubre de 2007, el desembolso parcial de sus cesantías correspondientes al periodo entre enero de 2006 y septiembre de 2007, lo cual solicitó la empresa al Ministerio de la Protección Social mediante comunicación vista a folio 275, solicitando la entrega de \$3.850.000 a nombre del demandante.

Según lo anterior, si bien procedería condenar a la pasiva al pago de la suma de \$13.053.365, correspondiente a las cesantías causadas entre el 01 de octubre de 2007 y el 30 de septiembre de 2012, nada dijo la parte activa al respecto, por lo que mal podría esta Sala desmejorar la situación del apelante único, debiéndose CONFIRMAR la condena impuesta por el A quo, esto es, la condena de la suma de \$12.438.696.

- Intereses a las cesantías: \$1.492.643.
- Prima de servicios: Debido a que el pago de la prima de servicio se hace exigible cada semestre, en los meses de junio y diciembre de cada anualidad, no se encuentra afectada por la prescripción la acreencia correspondiente al periodo de julio a diciembre de 2011, ni

las subsiguientes, debiéndose condenar a la pasiva al pago de un total de \$3.263.341.

- Vacaciones: Con respecto a las vacaciones, se tiene que el periodo correspondiente al 01 de agosto de 2009 al 30 de julio de 2010 se encuentra prescrito, dado que el señor RODRÍGUEZ GONZÁLEZ tenía hasta el 30 de julio de 2011 para disfrutar las mismas, u obtener su pago en dinero, fecha en que ya se encontraba operando el fenómeno extintivo aquí estudiado. En ese sentido, se CONDENARÁ al pago de la suma de \$2.828.229, por concepto de vacaciones causadas entre el 01 de agosto de 2010 y el 30 de septiembre de 2012, periodo este que que coincide con la alegación expuesta por la apelante en su recurso.

II. INDEMNIZACIÓN MORATORIA ART. 65 CST

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

En cuanto a las situaciones en las que el empleador se encuentre inmerso en una crisis económica, que lo lleve incluso en ocasiones 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 el trabajador, MARCO VINICIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, no se le canceló la liquidación definitiva de las prestaciones sociales que se causaron a su favor a partir del año 2008, justificando dicha ausencia de pago en la difícil situación económica sufrida por la empresa ante la cesación de su actividad comercial dentro del sector transporte.

Sin embargo, de lo aportado al proceso se tiene que, no observa la Sala rectitud en el proceder de AKARGOS, S.A.S., ya que si bien escuda la falta de pago de los derechos laborales en cabeza del trabajador en la mencionada crisis económica de la empresa, 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 empresa 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 del señor RODRÍGUEZ GONZALEZ, 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 la misma, en los términos en que fue impuesta, dado que nada fue manifestado en contra de los mismos por alguna de las partes.

SANCIÓN ARTÍCULO 99 LEY 50/1990

Habiéndose confirmado la procedencia de la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST en virtud de la comprobación de la ausencia de la buena fe en la conducta del empleador, considera la Sala que lo propio ocurre con la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; sin embargo, es evidente que erró el fallador de primer nivel en los extremos temporales que rigen la imposición de la misma.

Esto es, en primer lugar, dado que el Juez A quo ubicó el extremo inicial de la liquidación de la misma, en el 15 de febrero de 2008, sin que hubiera aplicado, previo a su debido estudio, la excepción de prescripción de los derechos laborales, declarada en precedencia. Igualmente, extendió su cálculo hasta “la cancelación de esta pretensión”, lo cual va, a todas luces, en contravía de lo dispuesto por la jurisprudencia de la HCSJ en sentencias

tales como la SL859-2021, la cual ha dicho, en numerosas ocasiones, que esta sanción se liquida únicamente hasta la terminación del contrato de trabajo, dado que es en este momento en que finaliza la obligación de consignar las cesantías, y por tanto, no se podría seguir castigando la ausencia de una obligación que ya no tiene a su cargo el empleador; además, a partir de la extinción del vínculo, y en caso de no realizarse el pago de las cesantías, inicia su contabilización la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST en cabeza del deudor.

Aclarado lo anterior, y teniendo en cuenta que la prescripción declarada lo es con respecto de los derechos que se hicieron exigibles con anterioridad al 03 de octubre de 2011, evidente surge que la sanción por la falta de consignación de las cesantías correspondientes al año 2010 se encuentran afectadas por el fenómeno extintivo mencionado, dado que estas se debían consignar a más tardar el 14 de febrero de 2011, fecha en que ya había operado el mismo, por lo que es procedente la sanción estudiada únicamente con respecto de las cesantías causadas en la anualidad siguiente, las cuales debían ser consignadas por tarde, el 14 de febrero de 2012.

Así las cosas, se MODIFICARÁ el NUMERAL CUARTO de la sentencia apelada en el sentido de que la sanción a cuyo pago se condena a la empresa AKARGOS, S.A.S. a favor del señor MARCO VINICIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ se liquida desde el 15 de febrero de 2012 y hasta el 30 de septiembre de la misma anualidad, fecha en que feneció el vínculo que unió a las partes, para un total de \$19.580.047, teniendo en cuenta el salario diario de \$87.022.

Sin costas en esta instancia por haber sido favorable para el apelante las resultas del recurso interpuesto.

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de agosto de 2020 y en su lugar **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción propuesta por la empresa AKARGOS, S.A.S. y en consecuencia **MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO** de dicha providencia, en el sentido de condenarla al pago de las siguientes acreencias laborales a favor del señor MARCO VINICIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, teniendo como base un salario mensual de \$2.610.673, así:

- Cesantías: la suma total de \$12.438.696.
- Intereses a las cesantías: \$1.492.643.

- Prima de servicios: Debido a que el pago de la prima de servicio se hace exigible cada semestre, en los meses de junio y diciembre de cada anualidad, no se encuentra afectada por la prescripción la acreencia correspondiente al periodo de julio a diciembre de 2011, ni las subsiguientes, debiéndose condenar a la pasiva al pago de un total de \$3.263.341.
- Vacaciones: Con respecto a las vacaciones, se tiene que el periodo correspondiente al 01 de agosto de 2009 al 30 de julio de 2010 se encuentra prescrito, dado que el señor RODRÍGUEZ GONZÁLEZ tenía hasta el 30 de julio de 2011 para disfrutar las mismas, u obtener su pago en dinero, fecha en que ya se encontraba operando el fenómeno extintivo aquí estudiado. En ese sentido, se **CONDENARÁ** al pago de la suma de \$2.828.229, por concepto de vacaciones causadas entre el 01 de agosto de 2010 y el 30 de septiembre de 2012, lo cual coincide con la alegación expuesta por la apelante en su recurso.

SEGUNDO: MODIFICAR el NUMERAL CUARTO de la sentencia apelada en el sentido de que la sanción a cuyo pago se condena a la empresa AKARGOS, S.A.S. a favor del señor MARCO VINICIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ se liquida desde el 15 de febrero de 2012 y hasta el 30 de septiembre de la misma anualidad, fecha en que feneció el vínculo que unió a las partes, para un total de \$19.580.047.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

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. 116, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 17 de noviembre de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54001-31-05-001-2019-000355-00

Partida Tribunal: 19299

Demandante: SOLEDAD MARQUEZ SOLANO

Demandada (o): COLPENSIONES- PORVENIR- PROTECCIÓN

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021).

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día **16 de marzo de 2021**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54001-31-05-001-2019-000355-00 y partida de este Tribunal Superior No.19299 promovido por la señora SOLEDAD MARQUEZ SOLANO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A. y PORVENIR, S.A.

I. ANTECEDENTES

La demandante SOLEDAD MARQUEZ SOLANO demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada inicialmente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y posteriormente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 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.

Subsidiariamente pretende que se declare que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. le ocasionaron perjuicios y por tanto deben ser reparados; así mismo, solicitó que, a manera de indemnización, deben proceder dichos fondos a reconocer la pensión por vejez a su favor, en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho, si se hubiese pensionado en el régimen de prima media

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario (fls.30-38), los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera: Que nació el día 10 de julio de 1960. Que ha laborado y cotizado al sistema de la seguridad social en pensiones ICSS un total de 1.253 semanas. Que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual desde el día 01 de julio de 1994 mediante formulario de traslado para con la AFP PORVENIR y a partir del 1 de agosto de 1995, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, S.A., ésta dio formal contestación, aceptando parcialmente los hechos y oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda, en el entendido que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS por voluntad propia y sin vicios, razón por la cual, la afiliación tiene plena validez, además, no es procedente regresar el régimen público porque esa inmerso en lo establecido en el literal B) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse. Propuso como excepciones de fondo, las innominada o genérica, prescripción, buena fe, inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderado judicial negó los hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que la entidad, previo a realizar cualquier tipo de afiliación a los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben los ejecutivos comerciales, las cuales están orientadas a un estudio profundo del sistema general de pensiones, y al marco legal que regula el mismo, buscando siempre la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación; indicó además que PROTECCION no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen que hiciera inicialmente el demandante. También señala que el traslado fue efectuado por la AFP PORVENIR, por lo que esta entidad sería la llamada a responder por las consecuencias de un posible fallo.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada.

Por su parte, PORVENIR S.A., indicó que se opone a la totalidad de pretensiones principales incoadas por el demandante. Manifestó 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 la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual. Propuso las excepciones de mérito: la falta de legitimación por pasiva, 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 PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 16 de marzo de 2021, resolvió:

- 1) Decretar: la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que la demandante la señora SOLEDAD SOLANO hizo a la AFP PORVENIR S.A., el día 01 de julio de 1994 y con posteridad el que efectuó ante PROTECCION S.A. conforme a las motivaciones que anteceden.
- 2) Condenar a LA AFP PORVENIRS.A. Y AFP PROTECCION S.A., a devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 c.c., esto es con los rendimientos que se hubieren causado, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES.
- 3) Ordenar: a la administradora colombiana de pensiones –COLPENSIONES que una vez la AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCION S.A den cumplimiento a lo aquí ordenado proceda a aceptar el traslado de la señora SOLEDAD SOLANO del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.
- 4) Condenar a la AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCION S.A., asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiesen causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubieren incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del art. 963 c.c. todo conforme a las motivaciones que anteceden a la sentencia.
- 5) Declarar no prosperas las excepciones propuestas por las demandadas.

- 6) Costas procesales a cargo de las partes demandadas y vencidas en juicio, en esta instancia...”

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.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La parte demandada no se encontró de acuerdo con la decisión proferida por el Juez A quo, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no es posible aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta que la demandante estaba capacitada 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 la accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen. También observa que la demandante conoce de las obligaciones en este caso pues acreditó tener conocimiento jurídico en el interrogatorio de parte, al tener como profesión de abogado y haber ejercido labor como juez de la Republica.

Indicó que la obligatoriedad que surge de recibir la demandante dentro del régimen de prima media, 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 tener en 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 de 1993.

Precisó que Colpensiones no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información a la demandante, quien de manera libre y voluntaria tuvo la facultad de decidir qué fondo le favoreciera para obtener su derecho a la pensión, ya que en ese momento tenía otras expectativas con el fondo privado.

Por último, se mostró inconforme con la condena en costas, debido al buen actuar de Colpensiones para con la demandante.

2. PARTE DEMANDADA- PROTECCION, S.A.

Fundamentó la parte su recurso de apelación señalando que, la sentencia condena a Protección al pago de los gastos de administración causados tanto por la entidad como por las otras demandadas, actuación judicial que excede las facultades extra y ultra petita del fallador y se constituye en una incongruencia de la sentencia con lo solicitado en la demanda. Con base en esto, aunque se declare la ineficacia del traslado no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, como son los rendimientos de la cuenta producto de la buena gestión de la AFP. Estas condiciones generarían un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante.

De otra parte, alegó que la exigencia de devolver el seguro previsional se considera inoperante porque el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección contrata con una aseguradora el pago del seguro previsional, cuando se presente el riesgo de la pensión de vejez o una pensión de invalidez o una pensión de sobrevivencia y en ese caso la aseguradora paga una suma adicional que se produce porque el fondo de pensiones mensualmente le está pagando, es girado directamente a la aseguradora prestando el servicio, la cual es un tercero de buena fe.

3. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que el traslado de régimen fue efectuado en el 01 de julio de 1994, y que para esa época no existían disposiciones legales que interpretara la Ley 100 de 1993 o exposiciones que especificarán de manera concreta los contenidos de una asesoría integral, ya que la normatividad vigente solo se exigía la presentación del formulario de afiliación, con lo cual la nulidad de traslado de fondo de régimen pensional no tiene validez.

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 de la señora 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.

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 CONFIRMAR lo decidido por el juez de primera instancia en torno a la ineficacia de traslado declarada, incluidos los efectos a cargo de la A.F.P. ROTECCIÓN S.A. – determinante del ineficaz traslado - y de la A.F.P. PORVENIR S.A. – donde actualmente se encuentra afiliada -, REVOCANDO lo atinente a la absolución de costas con que se favoreció a COLPENSIONES y, en su lugar, CONDENAR en costas de primera instancia a dicha administradora del régimen de prima media.
- 2. PORVENIR S.A.** a través de su apoderado judicial, ratificó lo manifestado en la contestación de la demanda, que al revisar las pruebas aportadas, no se avizora una indebida asesoría conforme a las normas que regulaban el asunto para la época; que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación; que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión. Que para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas. En tal sentido debe revocarse la sentencia. 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; 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. Nadie puede alegar su propia torpeza. Por tal motivo, debe ser revocada la sentencia. Por último, allegó el Concepto 2019152169-003-000 de la Super Financiera de Colombia.

3. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES, ratifica lo manifestando en la contestación de la demandada, alegando que no hubo engaño para el momento del traslado de RPMPD al RAIS, porque la demandante se trasladó de forma voluntaria y libre de vicios; que la señora SOLEDAD MARQUEZ SOLANO no probó 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. Trae a colación lo decidido en Sentencia SL 1120 de 2020 radicado No. 73952, Magistrada Ponente: ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA, que resuelve recurso de Casación y no casa el fallo proferido por el Tribunal que fue objeto de estudio, pues no fueron demostrados los errores de hecho atribuidos al Tribunal. Igualmente, 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. De esta forma, en este caso, era imposible para Colpensiones brindar la asesoría referida pues para 2016 pertenecía al RAIS. Que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que, solicitó se absuelva a Colpensiones de la orden de recibir dentro del régimen de prima media con prestación definida al demandante y de todas las demás condenas que impliquen un perjuicio para la estabilidad de la entidad.

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. Establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante SOLEDAD MARQUEZ

SOLANO en el año 1994 desde el ISS hoy COLPENSIONES RPMPD, inicialmente a LA AFP PORVENIR S.A. y luego a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. –régimen de ahorro individual son solidaridad.

2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR, como para la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.

Se examinará 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.

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. Igualmente se tendrá en cuenta el interrogatorio de parte presentado por el demandante.

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 de la señora SOLEDAD MARQUEZ SOLANO para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta Sala 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.

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 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 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.

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, la señora SOLEDAD MARQUEZ SOLANO afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR S.A lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libretado y voluntariedad.

Caso concreto

Bajo las anteriores consideraciones y con el objeto de dar respuesta a los recursos de apelación de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., respecto a **la demostración de un consentimiento informado** en el traslado de régimen, se tiene que en reiterados pronunciamientos proferidos por esta Sala en consideración a las indicaciones del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, se ha dicho que, es responsabilidad de las Administradoras del Fondo de Pensiones, acreditar que el afiliado recibió la información completa, eficaz, clara y precisa, ya que la manifestación del

afiliado constituye un **supuesto negativo** que no podrá ser demostrado por quien lo invoca, sino mediante un **supuesto positivo contrario**, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta.

«Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (SL1688-2019).

Así las cosas, se tiene que la demandante SOLEDAD MARQUEZ SOLANO ha laborado y cotizado al sistema de la seguridad social en pensiones ISS cotizando un total de 1.253 semanas. Que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual desde el día 01 de julio de 1994 mediante formulario de traslado para con la AFP PORVENIR y a partir del 1 de agosto de 1995, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Hechos que se acreditaron con la suscripción del formulario, anexo 08 de la contestación de la demanda por parte de PORVENIR el cual fue firmado por el demandante, circunstancia que no demuestra la obligación de la AFP analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, *“sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.* (ver sentencia SL19447-2017).

Así las cosas, en efecto, PORVENIR S.A. 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, de tal suerte que las afirmaciones contenidas en el formulario allegado, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

Luego entonces, 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 al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Bajo las anteriores circunstancias, los argumentos sostenidos por los recurrentes COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., no gozan de asidero jurídico, reiterándose que, en efecto, PORVENIR ni PROTECCIÓN S.A. demostraron 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.

Además, le correspondía a PORVENIR acreditar que informó a la demandante de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, 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 S.A.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo 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 S.A. 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 al demandante SOLEDAD MARQUEZ SOLANO por lo que, en esta instancia se **CONFIRMARÁ** lo resuelto por el juez A quo.

Por otra parte, COLPENSIONES en los alegatos de conclusión de segunda instancia, solicita el análisis de la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral en Descongestión N.04 de la Corte Suprema de Justicia de radicado N.73952 SL1120 del 25 de marzo de 2020 M.P. Doctora Ana María Muñoz

Segura, siendo necesario proceder a dicho estudio, sin embargo, esta Sala ya realizó pronunciamiento respecto de la misma petición en la sentencia de Partida 19166 de mayo de 2021, donde se concluye que, ante la falta de estudio de fondo por parte de la Sala de Casación respecto al asunto, no era posible asumirla como PRECEDENTE VINCULANTE un pronunciamiento dado por jueces colegiados de otro Distrito Judicial, en primer lugar, porque la decisión no fue analizada de fondo por la Corte Suprema de Justicia y, en segundo lugar, porque los supuestos fácticos en la mencionada sentencia, en nada se asimilan a los alegados en este asunto, razón por la que, la petición de COLPENSIONES no prospera.

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 el 1 de julio de 1994, y que posteriormente, a partir de este traslado, la demandante pasó a vincularse con PROTECCIÓN S.A., 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 y PROTECCIÓN S.A., realicen 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 el fondo privado PORVENIR S.A. y de este al fondo PROTECCIÓN, S.A. las cosas deben retrotraerse como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución por parte de dichos fondos privados a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, 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, debiéndose entonces CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada y consultada.

Por último y a pesar de no ser objeto de los recursos de apelación, la **excepción de prescripción formulada por las demandadas**, no opera en estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, 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. En virtud a lo anterior, la decisión proferida por el Juez A quo deberá ser confirmada.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, las partes demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., 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 CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.00 m/cte.) a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PROTECCIÓN S.A. a 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 la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 16 de marzo de 2021, por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., 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, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a favor de la demandante.

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. 116, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 17 de noviembre de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	PROCESO ORDINARIO
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2013-00015-00 -P.T. 15722
DEMANDANTE:	ROSELIA OROZCO CONTRERAS
DEMANDADO:	COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. y OTRO

MAGISTRADA SUSTANCIADORA:
DR. NIDIAM BÉLEN QUINTERO GELVES

En término oportuno dentro del proceso ordinario seguido por ROSELIA OROZCO DE CONTRERAS contra COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. y PROTECCIÓN S.A. los apoderados de las partes demandadas interpusieron recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por esta Sala en el proceso de la referencia.

La Ley Procesal Laboral establece que la cuantía para la viabilidad del recurso de casación, debe ser superior a los ciento veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su vez la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el valor del interés para recurrir en casación de la parte demandada, habrá de determinarse de acuerdo al monto de las condenas impuestas a dicha parte, y el de la parte demandante según el monto de las pretensiones que le han sido denegadas.

La Sala considera procedente conceder el recurso de casación interpuesto por los apoderados de las partes demandadas, teniendo en cuenta lo decidido en la sentencia y la liquidación efectuada por el contador asignado a la Sala, conforme al dictamen rendido dentro del presente

proceso visto a folios 275 al 276 del cuaderno de segunda instancia el que fue estimado de la siguiente manera:

LIQ. TABLA MORTALIDAD RENTISTA MUJER	\$ 449.998.234.40
LIQUIDACION RETROACTIVO MESADA PENSIONAL	\$ 94.027.522.00

TOTALLIQUIDADO	\$544.025.756.00
-----------------------	-------------------------

Teniendo en cuenta que el valor de las liquidaciones presentadas individualmente por el contador asignado a esta Sala, superan el monto de los ciento veinte salarios mínimos que exige la ley procesal laboral para la viabilidad del recurso extraordinario de casación, cuantía que para el momento de la sentencia de segunda instancia año 2019, es de \$99.373.920, por lo anterior la Sala concederá el recurso extraordinario de casación, a la parte recurrente.

Por lo expuesto la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONCEDER ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el recurso extraordinario de Casación interpuesto por los apoderados de las partes demandadas COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. y PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia dictada el día dieciséis (16) de octubre de dos mil diecinueve (2019), dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente auto, remítase el expediente a la mencionada Superioridad, dejándose las debidas constancias de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAN BÉLEM QUINTERO GELVES
MAGISTRADA SUSTANCIADORA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO



ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por
ESTADO No. 116, fijado hoy en la Secretaria de
este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 17 de
noviembre de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-003-2015-00376-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19.111
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: BLANCA MARGARITA AYCARDI PINO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" Y LA
LA SEÑORA ANA TERESA GÓMEZ EN CALIDAD DE TERCERO AD EXCLUDENDE
TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, resuelve los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada COLPENSIONES y la demandante y surtir el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia de fecha 21 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, con radicado interno No. 54-001-31-05-003-2015-00376-00 y Partida del Tribunal No. 19111 promovido por la señora BLANCA MARGARITA AYCARDI PINO a través de apoderada judicial contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA SEÑORA ANA TERESA GÓMEZ.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante BLANCA MARGARITA AYCARDI PINO pretende que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar en el 100% la pensión de sobrevivientes a partir del 18 de febrero de 2014 en calidad de compañera permanente del causante VICTOR MANUEL MARQUEZ PATIÑO junto con los intereses moratorios, las costas procesales y el uso de las facultades extra y ultra petita.

II. HECHOS.

Sustenta la parte demandante que el señor Víctor Manuel Márquez Patiño (q.e.p.d.) falleció el 18 de febrero de 2014 y gozaba de pensión de vejez reconocida por el ISS; que convivió con el causante en unión marital de hecho desde el año 1986 hasta la fecha del fallecimiento; que procrearon 2 hijos hoy mayores de edad; que el fallecido mantuvo una convivencia simultánea con la señora Ana Teresa Gómez durante los años 1986 a 1998 quien tiene la calidad de cónyuge; que solicitó ante

COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el 25 de julio de 2014 y mediante resoluciones GNR 274590 DEL 1º de agosto de 2014 y GNR 335405 del 25 de septiembre de 2014, la administradora de pensiones decidió negar la prestación por existir controversia entre beneficiarias (cónyuge y compañera), por lo cual, manifiesta que no se tuvo en cuenta los extremos de la convivencia.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.

Notificado el libelo a la parte demandada, **COLPENSIONES** contestó la demanda dentro de la oportunidad legal a través de su apoderada judicial, manifestando que la demandante no reúne los requisitos básicos de convivencia para acceder al derecho pensional solicitado; que la llamada a integrar el litisconsorcio tampoco cumple con las exigencias de la normatividad vigente para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; que no es procedente la condena al pago de los intereses moratorios según lo señalado por la CSJ en su Sala de Casación Laboral en sentencia de radicado SL14528 de 2014. Propone como excepciones de mérito, la carencia del derecho reclamado, la buena fe, la falta de título y de causa, la genérica, la prescripción y la inexistencia de la procedencia de la condena en costas.

La señora ANA TERESA GÓMEZ en calidad de *tercero Ad Excludendum* no se opuso a las pretensiones de la demanda salvo al tiempo de convivencia entre la compañera permanente Margarita Aycardi y el causante Marqués Patiño y formuló las siguientes pretensiones:

Que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar en proporción al tiempo de convivencia desde el 13 de abril de 1958 hasta 1998, la pensión de sobrevivientes a partir del 18 de febrero de 2014 en calidad de cónyuge del causante pensionado VICTOR MANUEL MARQUEZ PATIÑO junto con los intereses moratorios, las costas procesales y el uso de las facultades extra y ultra petita.

Para fundamentar lo anterior, manifestó que fue cónyuge del pensionado Víctor Manuel Márquez Patiño, vínculo religioso que se dio el 13 de abril de 1958 y procrearon 7 hijos todos mayores de edad, que hubo separación de hecho en el año 1998, que el matrimonio estuvo vigente hasta el fallecimiento el 18 de febrero de 2014; que desde el año 1998 el señor Márquez Patiño conformó UMH con la señora Margarita Aycardi, relación que se mantuvo hasta la fecha de fallecimiento; que solicitó el 13 de junio de 2014 la pensión de sobrevivientes ante COLPENSIONES negada por convivencia concurrente.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Tramitada la Litis, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de 21 de octubre de 2020, declaró no probadas las excepciones propuestas por

COLPENSIONES. Declaro igualmente no probadas las excepciones que propuso la señora BLANCA MARGARITA AYCARDI PINO a la demanda que formuló como tercero ad-excludendum la señora ANA TERESA GOMEZ TERCERO. Condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora ANA TERESA GOMEZ y la señora BLANCA MARGARITA AYCARDI PINO a partir del 18 de febrero del 2014 en un porcentaje del 59.69% para la primera y un 40.31% para la segunda sobre 14 mesadas anuales con los respectivos reajustes contemplados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Absolvió a COLPENSIONES del reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 10 de 1993. Y condenó a COLPENSIONES a pagar las costas procesales a favor de la señora ANA TERESA GOMEZ y la señora BLANCA MARGARITA AYCARDI PINO.

La Juez A quo argumentó que, del análisis de las pruebas documentales y testimoniales, se logró demostrar que la señora Blanca Margarita Icardi Pino en su condición de compañera permanente es la beneficiaria de la pensión que dejó causada el señor Víctor Manuel Márquez Patiño, pues se demostró que convivieron desde el año 1986 hasta el 18 de febrero del 2014, esto es, 27 años, 5 meses y 25 días, lapso durante el cual construyeron una comunidad de vida y se profesaron cariño, apoyo y solidaridad. Y, la señora Ana Teresa Gómez también tiene la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada el señor Víctor Manuel Márquez Patiño, debido a que demostró que convivió con el causante desde el 13 abril de 1958 hasta el 31 de diciembre 1998, en calidad de cónyuge, vínculo que se mantuvo vigente hasta el fallecimiento, esto es, 40 años, 8 meses y 18 días. Que las mesadas desde el mes de febrero de 2014 no estuvieron afectadas del fenómeno de la prescripción, que no es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993.

V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpone recurso de apelación en forma parcial, respecto a la condena al pago de las costas procesales, considerando que no son procedentes por cuanto la discusión de las beneficiarias a la pensión de sobrevivientes, debía resolverse en sede judicial.

El apoderado judicial de la señora BLANCA MARGARITA AYCARDI interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior, respecto al porcentaje que le correspondió de la pensión de sobrevivientes, sosteniendo que la Juez A quo no valoró en forma integral las pruebas documentales, de donde se extrae, que la convivencia con el señor Víctor Márquez fue superior a 28 años, que no tuvo en cuenta, las declaraciones rendidas la señora Betty Sánchez, una fisioterapeuta, y la otra enfermera, dónde pronuncian y manifiestan que el señor Víctor pues necesitaba constantemente 24/7 un acudiente y ese acudiente era la señora de forma directa la señora Blanca Margarita.

Que la Juez A quo desconoció la jurisprudencia que señala que unos de los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes en proporción es la dependencia económica y en este asunto, la señora Teresa Gómez no dependía de la pensión del causante porque fue posterior que la obtuvo.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

La apoderada judicial de COLPENSIONES ratificó lo alegado en el recurso de apelación, argumentando que la entidad dio aplicación a la normatividad vigente en cuanto a la negativa de conceder la pensión de sobrevivientes, al presentarse dos personas alegando el mismo derecho, razón por la cual, considera que no es procedente condenar a la entidad a pagar costas del proceso cuando no ha sido determinante de la acción judicial, es decir, es ajena a la discusión propia de determinar quien ostenta la calidad de beneficiaria de la pensión del causante.

El apoderado judicial de la señora BLANCA MARGARITA AYCARDI alegó que, la sentencia proferida debe ser modificada tasando los porcentajes de la mesada pensional, en consideración a que la señora Gómez no dependía económicamente del causante, que la señora Aycardi estuvo las 24 horas pendientes del pensionado y es quien se merece el mayor porcentaje, conforme lo disponen las sentencias del 21 de noviembre de 2007 radicado 31773 y del 10 de marzo 2006 radicado 26710 de la corte suprema de justicia-sala laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico.

De conformidad con los argumentos expuestos por el Juez A quo y las argumentaciones del apoderado judicial recurrente de la administradora demandada, la controversia gira en torno a establecer lo siguiente:

Determinar quién o quiénes son las beneficiarias de la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del pensionado Víctor Manuel Márquez Patiño, si es la señora BLANCA MARGARITA AYCARDI PINO o ANA TERESA GÓMEZ DE MÁRQUEZ, o las dos pero en proporción a la convivencia con el causante, conforme al cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 que fueron modificados por los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, siendo éstas las normas que regulan el caso en mención ya que el pensionado falleció **18 de febrero de 2014 (fl.11 c. ppal.)**.

Además, se revisará la condena en costas impuesta a COLPENSIONES.

Bajo las anteriores consideraciones, la inconformidad que la señora Margarita Aycardi plantea, es que **la cónyuge separado de hecho**, en este asunto ANA TERESA GÓMEZ con vínculo matrimonial vigente, no es beneficiaria ni puede aspirar a la sustitución pensional, porque no demostró que hubiera permanecido hasta el momento del deceso del pensionado, una dependencia económica, auxilio ayuda y socorro mutuo; razones por las cuales, sostiene que la sentencia debería ser revocada en el sentido de que se demostró con las pruebas documentales y testimoniales, que fue ella quien estuvo por más de 28 años al lado del causante en UMH y fue quien le brindó el apoyo, ayuda y socorro mutuo durante toda su enfermedad hasta el fallecimiento.

De otro lado, COLPENSIONES no estuvo conforme con la condena en costas procesales, porque en su sentir, la entidad actuó conforme lo dispone la normatividad vigente en caso de conflicto entre dos beneficiarias, esto es, que recae sobre la justicia ordinaria determinar los derechos conculcados.

En ese sentido, es necesario analizar el inciso 3º del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993 que dispone lo siguiente: "...Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente".

Esto implica expresamente una excepción a la regla general de la convivencia, en cuanto permite a la **cónyuge sobreviviente que mantiene vigente el vínculo, pero se encuentra separada de hecho**, reclamar una cuota parte de la pensión, en proporción al tiempo convivido, siempre y cuando haya sido superior a los cinco años, pero en cualquier época.

De tal modo, en caso de que, luego de la separación de hecho de su cónyuge, el causante establezca una nueva relación de convivencia, en caso de su fallecimiento el disfrute del derecho a la pensión deberá ser compartido entre el cónyuge separado de hecho y el compañero o compañera permanente que tenga esa condición para la fecha del fallecimiento, en proporción al tiempo de convivencia.

Luego entonces, los argumentos sostenidos por el apoderado judicial de la demandante Margarita Aycardi no son acertados, ya que la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» no fueron establecidos el inciso 3.º del literal b).; disposición que

ha sido constante, pacífica y reiterada por la Corte Suprema de Justicia en sentencias: SL 41637-2012, SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL1399-2018, SL5046-2018, SL2010-2019, SL2232-2019, SL4047-2019 y SL4321-2021 entre otras.

Entonces, es claro que: «*la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años*», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social; omitiendo los presupuestos de auxilio, dependencia económica y demás alegados por la demandante.

De otro lado, tratándose de **compañeras (os) permanentes** la convivencia debe darse hasta la fecha del fallecimiento del afiliado (a) o pensionado (a), entendiéndose que el concepto de convivencia comprende aspectos que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que es la regla, salvo casos especiales en los cuales la jurisprudencia ha eximido del requisito de la cohabitación, pero siempre y cuando esté presente el concepto de pareja, con vocación verdadera de conformar una familia.

En este sentido, en cualquiera de las hipótesis del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, es requisito imprescindible para acceder a la pensión de sobrevivientes la demostración de convivencia real y efectiva, por un lapso no inferior a cinco años, que para el caso del cónyuge puede ser en cualquier tiempo y para la compañera permanente necesariamente debe darse en los últimos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Libre apreciación de las pruebas.

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

Pruebas documentales.

Conforme a las pruebas documentales allegadas con la demanda, se encuentra acreditado que el señor Víctor Manuel Márquez Patiño (q.e.p.d.) reunió la condición

de pensionado por vejez según la Resolución No. 1463 del 21 de febrero de 2007 expedida por el ISS y vista a folios 6-9 del cdo ppal., y a la fecha de su fallecimiento (registro civil de defunción visto a folio 11 del cdo ppal-18 de febrero de 2014), se presentaron dos solicitudes de pensión de sobrevivientes ante COLPENSIONES (resolución GNR 274590 del 1º de agosto de 2014 fls.15-17 cdo ppal), tanto por la cónyuge supérstite la señora Ana Teresa Gómez, como por la compañera permanente la señora Blanca Margarita Aycardi Pino (24-febrero de 2014 según fls.12-14 cdo ppal.), por lo que, la administradora de pensiones dio aplicación al artículo 6º de la Ley 1204 de 2008 al disponer la suspensión del pago de la pensión hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto.

Que la demandante Blanca Margarita Aycardi Pino procreó dos hijos con el causante pensionado según los registros civiles de nacimiento de Jhon Mauricio Márquez Aycardi y Tito Alfonso Márquez Aycardi hijos hoy mayores de edad (fls.19-20 del cdo ppal.).

La demandante también aportó declaraciones extraprocesales (fls. 32-36 cdo ppal.) de las señoras Myriam Jaimes Ibáñez, Sandra Janette Sánchez Ibáñez, Aura María Álvarez de Araque, Gisela Orozco Durán y del señor Eduardo Cadena Nieto, rendidas ante el Notario Quinto del Círculo de Cúcuta, donde manifiestan bajo la gravedad de juramento que conocen a la pareja conformada por el señor MÁRQUEZ PATIÑO (q.e.p.d.) y la demandante AYCARDI PINO desde hace 18, 29 y 30 años respectivamente, aseverando ser amigos y vecinos, que les consta que la pareja vivió en unión marital de hecho, que procrearon 2 hijos y que la señora AYCARDI PINO dependía económicamente del pensionado.

De las anteriores declaraciones, se puede observar en la contestación de la demanda (folios 71-78 del cuaderno principal) que COLPENSIONES no solicitó la ratificación, sin embargo, dichas declaraciones deberán ser valoradas junto con la práctica de las pruebas testimoniales.

También fueron aportados la Certificación de la IPS MEDICUC donde se constata que la demandante era la familiar responsable y acudiente del fallecido Víctor Manuel Márquez Patiño (fl.44 cdo ppal.) y una Constancia expedida por la empresa Asistencia Médica AME de fecha 20 de agosto de 2014, donde se registra a la demandante como vinculada afiliada desde el 11 de julio de 2011 hasta el 28 de febrero de 2014 y como beneficiarios tiene al fallecido Víctor Manuel Márquez Patiño, y a los dos hijos (fl.45 cdo ppal), de los cuales, considera la Sala que no existe duda en su validez, no obstante, de ellos no se infiere el requisito de convivencia exigido en la norma aplicable, por lo que, es claro que no reúnen los presupuestos de pertinencia y utilidad para demostrar la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional.

En cuanto a la señora ANA TERESA GÓMEZ, se allegaron al plenario, el registro civil de matrimonio y el acta religiosa, que constata la calidad de cónyuge supérstite del causante Víctor Márquez (q.e.p.d.) desde el 13 de abril de 1985 (fl.216), las copias auténticas de los registros civiles de nacimiento obrantes a folio 218 a 224 de los hijos de la pareja. Igualmente, se observan dos declaraciones extra procesales de las señoras Cecilia Cano de Carrillo y Edelmira Yáñez de Castellanos quienes aseguran conocer a la pareja conformada por la señora Ana Teresa Gómez y Víctor Márquez, que son casados desde el año 1958, que procrearon 7 hijos, que el señor Márquez se separó de la señora Gómez desde el año 1998 pero nunca hubo divorcio; que conocen que el causante procreó dos hijos extramatrimoniales posterior a la separación.

De las pruebas anteriores, se acredita que la señora BLANCA MARGARITA AYCARDI reúne la calidad de compañera permanente supérstite del causante y que procreó dos hijos; que la señora Ana Teresa Gómez reúne la calidad de cónyuge supérstite con quien procreó 7 hijos y que para el momento del fallecimiento la sociedad conyugal permanecía vigente.

En este orden de ideas, procederá la Sala a determinar el tiempo de convivencia entre el causante y la cónyuge y la compañera permanente supérstite, con el fin de verificar en primer lugar, si dicha convivencia fue concurrente y/o si se cumplieron los presupuestos exigidos para cada una de ellas, esto es, si la señora Margarita Aycardi demostró que convivió con el causante los cinco años anteriores a su fallecimiento, y la señora Ana Teresa Gómez demostró los cinco años en cualquier época, y por último, acreditado lo anterior, establecer el porcentaje de la mesada pensional para cada una de las partes.

Declaraciones.

En audiencia del 26 de febrero de 2016, a favor de la señora BLANCA MARGARITA AYCARDI PINO se practicaron los testimonios del señor **Hernán Álvarez Durán y las señoras Adriana Bermúdez Ortiz y Beatriz Sánchez Báez**, sobre los cuales, la Sala considera que los testigos fueron contestes en señalar y dar fe bajo la gravedad del juramento que la señora Blanca Margarita Aycardi Pino y el causante Víctor Manuel Márquez Patiño convivieron bajo el mismo techo como marido y mujer durante más de 20 años continuos y hasta la fecha de fallecimiento, que tuvieron 2 hijos hoy mayores de edad, que la demandante era quien lo cuidaba durante los últimos años de su enfermedad, que no trabajaba porque requería de su cuidado las 24 horas del día; que dependía económicamente de la pensión que devengaba el fallecido, que la señora Aycardi Pino era quien lo trasladaba a las consultas médicas y se encargaba de su cuidado diario.

El señor **Hernán Álvarez Durán** en audiencia del 10 de diciembre de 2019 nuevamente declaró bajo la gravedad de juramento, adicionando los siguientes puntos, que tiene 75 años, que es casado, que conoce a la señora Blanca Margarita Aycardi Pino porque es su amigo y conoce al causante desde el año 1985, que eran pareja. Aseguró que la pareja eran clientes de su negocio, los visitaba sábado y domingo en el restaurante de su propiedad y les vendía almuerzos. Que les arrendó una casa en la CLL17- AV5, N 5-31, pasaje Omaña. Después vivieron en una casa cerca a la suya. Que vivieron en su propiedad entre 1989 y 1990. Aseguró que se encontró al causante en la EPS COOMEVA en el 2013 y que lo vio muy enfermo. Que la pareja nunca se casó. Que el señor Víctor le habló de la señora Ana Teresa, pero que nunca conoció personalmente a la señora Ana Teresa. Que asistió al entierro del causante.

Al igual, la señora **Betty Sánchez** manifestó en la audiencia del 10 de diciembre de 2019, que fue la enfermedad del causante, le realizaba curaciones en varias zonas del cuerpo hasta el año 2012. Que le prestó asistencia de enfermería al señor Víctor diaria una vez al día, cuando eran tratamientos eran 3 veces al día. Que se demoraba entre 20 y 30 minutos en esos tratamientos. Que después del 2012, que terminó sus servicios, no volvió a tener contacto con la pareja. La situación física del señor Víctor estaba en una condición limitante, desde su alimentación hasta su aseo, todo tenían que hacérselo. Siempre estaba la señora Blanca pendiente de todo lo que se le realizaba al señor Víctor, las 24 horas. Nunca escuchó de la señora Ana Teresa Gómez. No sabe quién visitaba al señor Víctor. No era amiga del señor Víctor, tenía una relación profesional con él.

Por otro lado, en audiencia del 10 de diciembre de 2019, rindió su declaración la señora **Catalina Albarracín**, quien manifestó tener 70 años de edad, es separada, se dedica al Hogar y conoce a la demandante Blanca Margarita, desde que eran pequeñas porque eran vecinas; aseguró que la convivencia con el señor Víctor y Margarita inició entre 1983 a 1985; que le consta que la pareja habitaba inicialmente la casa del señor Hernán, y por último en su casa donde nació el ultimo hijo. Que la pareja procreó dos hijos, Mauricio y Tito. Que en su casa vivieron alrededor de 4 años, que fue desde 1991 que nació el niño hasta 1994 cuando se mudaron al Barrio la libertad. Que desde el año 1996 hasta el 2006 no los volvió a visitar porque se trasladó a Bucaramanga por cuestiones de trabajo, cuando regresó, los volvió a ver porque frecuentaban la casa materna de la demandante. Que visitó al causante cuando estaba enfermo en la clínica Las Mercedes porque sufría de Parkinson y alzhéimer. Aseguró que la relación del causante y la demandante era buena, que nunca hubo una discordia, que él era muy respetuoso y cariñoso con la demandante y siempre fue el que mantuvo económicamente los gastos del hogar. Que no conoció otro hogar de la señora Blanca. Que visitó al señor Víctor en la clínica en enero del 2014, y que el señor murió en febrero, que entre esa última visita y la muerte pasó alrededor de dos meses.

La señora Beatriz Márquez de Rodríguez manifestó bajo la gravedad de juramento que tiene 74 años de edad y es hermana del causante Víctor Márquez, aseguró conocer a la señora Margarita Aycardi argumentando que vivió con su hermano por más de 35 años; que conoce a la señora Ana Teresa Gómez porque también es su cuñada; manifiesta que su hermano primero vivió con Teresa por más de 40 años, que se casaron pero no recuerda la fecha del matrimonio, luego se separaron pero no recuerda el año, al parecer fue en 1997; que luego vivió con Margarita, que las dos personas son cuñadas, que con la primera tuvo 7 hijos y con la segunda 2 hijos. Que posiblemente la convivencia entre Víctor y Margarita inició en el año 1985 cuando nació el primer hijo, pero cree que la unión empezó en el año 1997. Aseguro que entre los años 1985 y 1997 el causante tuvo convivencia concurrente con Margarita y Ana Teresa; que, para la fecha de fallecimiento de su hermano, la señora Margarita era su compañera y quien lo cuidó durante la enfermedad.

Las declaraciones extraprocesales vistas a folios 32-36 del cuaderno principal, rendidas por Myriam Jaimes Ibáñez, Sandra Janette Sánchez Ibáñez, Aura María Álvarez de Araque, Gisela Orozco Durán y Eduardo Cadena Nieto, las cuales, gozan de valor probatorio y deberán ser apreciados como tal según lo dispuesto en el **art. 222 del C.G. del P.**, ya que COLPENSIONES en la contestación de la demanda, no solicitó su ratificación, por lo que, esta Sala tiene por acreditado con éstas declaraciones, que el causante Víctor Manuel Márquez Patiño y la señora Blanca Margarita Aycardi Pino convivieron en unión marital de hecho por más de 20 años hasta la fecha del fallecimiento, que de la relación procrearon dos hijos, que la demandante dependía económicamente del causante, y que ésta no recibía renta, salario, pensión ni asignación económica de ninguna entidad pública.

Además, se practicó **interrogatorio de parte a la señora Blanca Margarita Aycardi Pino**, en audiencia del 26 de febrero de 2016 manifestó, que mantuvo una relación con el fallecido Víctor Manuel Márquez Patiño desde el año 1985, que conoció a la señora Ana Teresa Gómez porque era la cónyuge del causante, hasta el año 1997 cuando se separó y se fue a vivir las 24 horas del día con ella, que tuvieron dos hijos hoy mayores de edad; que el señor Márquez Patiño sufrió de Alzheimer desde el año 2009, que al inicio era agresivo hasta que desde el 2011 quedó prostrado en una cama y en el 2014 falleció; que el hijo mayor la tenía afiliada a salud, que cuidó siempre del causante.

En la audiencia del 19 de diciembre de 2019 la **demandante Margarita Aycardi** rindió interrogatorio en el que señaló, que empezó su relación con el señor Víctor en febrero de 1984, y que lo recuerda por el desastre de Armero y la toma del Palacio de Justicia. Que ella trabajaba en la Notaría 3 y ahí comenzó la relación con el causante. Que la relación empezó a ser más formal desde el nacimiento de su primer hijo con él. Que cuando inició su relación con el señor Víctor ya estaba separada de su anterior pareja. Que cuando salió embarazada de su primer hijo, agosto de 1987 (tiene 34 años) se fue a vivir a la Cabrera con el causante, luego se fue a la casa del señor Hernán. Que el señor Víctor almorzaba y cenaba en la casa con ella, y se iba

a dormir a la casa con la señora Teresa, y siguió con esa dinámica hasta que se separó definitivamente desde 1999. No sabe si la señora Teresa sabía de su relación con el señor Víctor. *“Que la señora Teresa trataba mal al señor Víctor, lo aruñaba”*. Que convivió los últimos 5 años con el señor Víctor. Que no recibe pensión del estado ni nada. Que ella dependía de la pensión del señor Víctor.

Ahora, para demostrar los cinco años de convivencia en cualquier época entre el causante y la señora Ana Teresa Gómez en calidad de cónyuge supérstite, los testigos rindieron declaración en audiencia del **10 de diciembre de 2019**, en la que el señor **Álvaro Prada Contreras** quien bajo la gravedad de juramento manifestó, que es asesor Inmobiliario, que la señora Teresa es su suegra porque está casado con Carmen Gómez. Que conoció al señor Víctor desde 1981 y laboró con él en la Notaría Tercera de Cúcuta desde 1985. Que conoció a Margarita porque ella venía a la notaría a vender chance. Que el señor Víctor vivió con la señora Ana hasta el año 1999. Que el señor Víctor vivía con la señora Margarita cuando falleció. Que la señora Margarita estaba pendiente del señor Víctor cuando estaba enfermo. Que el señor Víctor empezó a decaer, hasta quedar inválido. La señora Ana Teresa no recibía dineros por parte del señor Víctor. Que después de haber terminado el vínculo entre Ana y Víctor, él nunca la ayudó en nada.

La señora Elvira Yáñez de Castellanos, manifestó bajo la gravedad de juramento, que tiene 84 años de edad, es viuda, ama de casa, que conoció al causante y a la señora Ana Teresa Gómez porque eran vecinos y un hijo de la señora Teresa es esposo de una de sus hijas; Que le consta que el señor Víctor era un señor muy hogareño y muy atento, y era muy dedicado a su familia. Aseguró que el señor Víctor se la casa de la señora Ana Teresa en el año 1999, a vivir con la señora Margarita afirmando que eran compadres y que ella iba a su casa y *“de ahí salieron involucrados”*. Que, al momento del fallecimiento, el señor Víctor vivía con la señora Margarita y de esa relación procrearon dos hijos. Que asistió al entierro del señor Víctor. Que con la señora Ana Teresa tuvo como 7 hijos. Que la relación entre Ana Teresa y Víctor era muy buena, que él era muy atento con el hogar. Que no recuerda como fue la relación entre el señor Víctor y la señora Ana después de la separación.

La señora Libia Márquez Gómez, manifestó que es comerciante, que es la hija menor del causante y de la señora Ana Teresa Gómez. Que conoce a la señora Margarita. Que su papá convivió con su mamá por más de 40 años. Que se enteraron de la relación con la señora Margarita después que él se fue de la casa en 1999, porque antes de eso ellos eran compadres. Que su papá siempre fue un buen esposo para con su mamá. Que su mamá siempre estuvo pendiente del causante hasta el último día de muerte y nunca fue una mala mujer. Que el señor Víctor mantuvo afiliada a la señora Teresa para con Coomeva. Que nunca supieron del proceso judicial porque habían acordado dividir por acuerdo la pensión. Que el señor Víctor sufrió de alzhéimer y de la próstata. Que la relación entre Teresa y Víctor fue muy especial. Que ellos nunca pensaron en llegar a un proceso judicial por Margarita.

Que ellos nunca sospecharon que la señora Blanca Margarita era compañera sentimental del señor Víctor, pero afirmó que nunca iba a almorzar, que la señora Margarita iba con su esposo Jairo Guerrero a la casa de su madre porque eran compadres, agregó que el causante trabajaba en la notaria, pero ese dinero ya no le alcanzaba porque tenía que sostener a Margarita que tenía 3 hijos y que su papá fue prácticamente quien los terminó de criar. Que el señor Víctor se fue de vacaciones en 1999 y no volvió más a la casa. Que hasta el causante hipotecó la casa del barrio Carora y se perdió por lo que consideraba que era injusto que su madre, la señora Ana Teresa Gómez quedara sin nada de lo trabajado por su papá.

En el interrogatorio absuelto por la demandada Ana Teresa Gómez, bajo la gravedad de juramento manifestó que, tiene 80 años de edad, estado civil casada, que conocía a Margarita Icardi Pino porque era su comadre, ellos eran madrina y padrino de su hija. Que Blanca conoció al causante cuando estaba casada con él. Que el señor Víctor llevaba a Blanca a la casa de ella. Que el 02 de enero de 1999 el señor Víctor le dijo que se iba de vacaciones y terminó dejándola por la señora Blanca. Que se casó el 13 de abril de 1958 con el señor Víctor, convivieron 41 años. Que antes del fallecimiento del señor Víctor, el causante vivía con Blanca. Que tuvo conocimiento de la enfermedad del señor Víctor, que fue su esposo y le dio 10 hijos. Que iba a visitar al señor Víctor cuando estuvo enfermo en sus últimos años. Que Margarita era la que atendía al causante cuando estaba enfermo. Que sabía que el señor Víctor y la señora Blanca habían tenido hijos; y lo supo por Jairo, el esposo de la señora Blanca. Que el señor Víctor y la señora Blanca vivían en el barrio La Cabrera. Que iba a visitarlo de vez en cuando, porque estaba enfermo. Que el señor Víctor trabajaba como empleado en la Notaría. Que el señor Víctor no quiso seguir aportándole nada para su subsistencia.

Caso en concreto.

Descendiendo al caso analizado, las declaraciones anteriores cumplen lo dispuesto en el inciso 3º del art. 221 del C.G. del P., aplicable por remisión normativa del art. 145 del C.P. del T. y de la S.S., y que establece que al testigo se le exigirá que exponga la razón de la ciencia de su dicho con explicación de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho; lo que para la Sala es suficiente para dar por probado el requisito de convivencia durante los 5 años anteriores al fallecimiento del causante Víctor Márquez y la señora Blanca Margarita Aycardi en su calidad de compañera permanente supérstite; igualmente, se acreditó que la señora Ana Teresa Gómez y el causante Víctor Márquez en calidad de cónyuges convivieron por mas de cinco años en cualquier época antes de su fallecimiento; luego entonces, se analizaran en forma minuciosa las declaraciones para establecer con certeza, los años de convivencia entre las partes.

Así las cosas, se tiene que no existe discusión en que, la señora Blanca Margarita Aycardi en su condición de compañera permanente supérstite, convivió los últimos

años de vida con el causante Víctor Márquez, hecho que los testigos traídos por las partes aseguran en forma concurrente.

Ahora, respecto al extremo inicial de la relación, las declaraciones rendidas por los testigos traídos por la parte demandante, manifestaron fechas cercanas a la declarada por la señora Ana Teresa Gómez, esto es, **entre el año 1985 y 1999**, ya que, el señor Hernán Álvarez Duran aseguró que los conoció en 1985 porque fueron cliente de su restaurante, y que la pareja habitaron su casa entre 1989 y 1990; la señora Adriana Bermúdez sólo puede dar fe desde el año 2012 cuando acudía a realizarle curaciones de enfermería en la casa que compartía con la señora Margarita y la señora Catalina Albarracín quien aseguró ser amiga de la infancia de la señora Blanca Margarita, manifestó que entre 1983 y 1985 inició la convivencia formal entre la pareja. Por último, la hermana del causante la señora Beatriz Márquez aseveró que la convivencia entre su hermano Víctor Márquez y su esposa Ana Teresa Gómez y la señora Margarita Aycardi como compañera permanente, fue concurrente, sin embargo, no recuerda las fechas exactas, no sabe si la separación de los esposos fue en 1997 o 1999, cree que la convivencia con la última mujer, inicio en 1985 y después dice que en 1997.

Por parte de la demandante, también existió contradicción, ya que en la declaración rendida en la audiencia del 26 de febrero de 2016, aseguró que la convivencia con el causante inició formalmente en el año 1985, fecha para la cual, estaba esperando su primer hijo y que el causante se separó de su esposa Ana Teresa en el año 1997; luego, en la audiencia del 19 de diciembre de 2019, alegó que la convivencia inició en el año 1984 y que el causante se fue de la casa de la cónyuge en el año 1999.

Por último, los testigos traídos por la señora Ana Teresa Gómez, aseguran en forma concomitante, que la UMH entre el causante Víctor Márquez y la señora Blanca Margarita Aycardi inició en el año 1985 cuando estaban a la espera de su primer hijo, que cuando el causante trabajaba en la notaría, conoció a la señora Blanca quien era vendedora de chance, además, que la pareja de esposos eran los padrinos de una hija de la señora Margarita, que la separación entre los cónyuges se dio en forma definitiva a inicios de 1999.

En estas condiciones, para la Sala no existe duda que la convivencia entre el causante Víctor Márquez y la compañera permanente la señora Blanca Margarita Aycardi y la cónyuge Ana Teresa Gómez, se dio en forma concurrente por los años 1986 y 1998, la primera fecha en la que nació el hijo mayor de la señora Margarita y el causante, y el último año, data para la cual, el causante se dio la separación de hecho entre la señora Teresa y el causante, ya que, el señor Márquez se fue de la casa y nunca regresó desde el 2 de enero de 1999.

Así las cosas, la señora Ana Teresa Gómez convivió con el causante Víctor Márquez desde el 13 abril de 1958 (fecha del matrimonio) hasta el 31 de diciembre 1998 (separación de hecho), y con la señora Blanca Margarita Aycardi la UMH se dio desde el 22 agosto de 1986 (nacimiento del hijo mayor de la pareja) hasta el 14 de febrero de 2014 (fecha de fallecimiento), esto es, con la primera convivió por espacio

de 40 años, 8 meses y 18 días (14658 días) y con la compañera 27 años, 5 meses y 27 días (9897 días), lo que arrojaría un total de 24555 días de convivencia entre las dos, es decir, un 100% de vida en pareja del causante, y al calcular el porcentaje, para la cónyuge separada de hecho con vínculo matrimonial vigente le correspondería un 59.70% del total de la mesada pensional y para la compañera permanente superviviente un 40.30% del total de la mesada pensional, siendo necesario modificar los decimales de los porcentajes determinados en primera instancia, en consecuencia, el recurso de apelación de la demandante, no prospera, confirmándose de esta forma, que la pensión de sobrevivientes dejada por el causante Víctor Márquez deberá ser entregada en proporción al tiempo de convivencia entre la compañera y la cónyuge superviviente.

En cuanto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1991, en reiterados pronunciamientos se ha dicho que éstos se generan sin que sea menester hacer juicios de valor sobre el comportamiento de las entidades que tienen a su cargo el pago de las prestaciones, ni analizar las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional, sin embargo esta no surge en caso de controversia entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que existe un motivo real, y un argumento justificable de duda entre quien es el titular de la prestación, conflicto que se debe dirimir sólo por vía judicial mediante la declaración del derecho de la pensión solicitada, y donde la entidad aseguradora no tiene la obligación de pagar la pensión, hasta tanto la cuestión sea elucidada por la jurisdicción ordinaria laboral. Así lo explicó la sala laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en un caso similar, en la sentencia de radicado No. 3399 del 21 de septiembre de 2010, MP Gustavo José Gnecco Mendoza, al resolver un conflicto entre la cónyuge y la compañera permanente, en el cual, la administradora no tenía certeza a quien y cual valor debía reconocer la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, la Sala considera que COLPENSIONES gozaba de una razón jurídicamente relevante para retener el pago de la pensión solicitada, pues existía una controversia de titularidad del derecho, que debía ser resuelto por vía judicial, por lo tanto, una vez solucionado este conflicto, se genera la obligación del pago de las mesadas pensionales de sobrevivientes, en efecto, no se causaron los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, por lo cual, dicha condena por parte del Juez A quo deberá ser revocada.

Teniendo en cuenta **la excepción de prescripción** propuesta en la contestación de la demanda (fl.87 cdo ppal.), se tiene que, el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible a partir del **18 de febrero de 2014** (fecha del fallecimiento del señor Víctor Manuel Márquez Patiño), y la demanda se interpuso el 25 de agosto de 2015 (fl.60 cdo ppal.); evidenciándose que las mesadas pensionales a partir del 18 de febrero de 2014 a favor de la señora Blanca Margarita Aycardi Pino y Ana Teresa Gómez no estuvieron afectadas del fenómeno jurídico de la prescripción.

Así mismo, las beneficiarias tienen derecho al percibir las 14 mesadas pensionales de sobrevivientes conforme lo establece el inciso 8º párrafo 6º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Por otra parte, se hace necesario en esta instancia, **COMPLEMENTAR** la sentencia proferida por la Juez A quo en cuanto a la determinación de la suma correspondiente al retroactivo pensional, deber legal según lo previsto en el art. 283 del C.G. del P. antes art. 307 del C.P.C.

En estas condiciones, se tiene que el valor de inicial de la mesada pensional para desde el 18 de febrero de 2014 es de **\$925.376** y hasta el 30 de octubre de 2021 asciende a un total de **\$116,908,288.86** correspondiente al retroactivo pensional que deberá ser indexado a la fecha del pago efectivo.

DESDE		HASTA		IPC Inicial	IPC Final	Incremento	MESADAS
						Pensional Art. 14 L100	
Año	Mes	Año	Mes		105.48		
2014	02	#	10	79.56	105.48		\$401,009.27
2014	03	#	10	79.56	105.48		\$925,406.00
2014	04	#	10	79.56	105.48		\$925,406.00
2014	05	#	10	79.56	105.48		\$925,406.00
2014	06	#	10	79.56	105.48		\$925,406.00
2014	M13	#	10	79.56	105.48		\$925,406.00
2014	07	#	10	79.56	105.48		\$925,406.00
2014	08	#	10	79.56	105.48		\$925,406.00
2014	09	#	10	79.56	105.48		\$925,406.00
2014	10	#	10	79.56	105.48		\$925,406.00
2014	11	#	10	79.56	105.48		\$925,406.00
2014	12	#	10	79.56	105.48	3.66%	\$925,406.00
2014	M14	#	10	79.56	105.48		\$925,406.00
2015	01	#	10	82.47	105.48		\$959,275.86
2015	02	#	10	82.47	105.48		\$959,275.86
2015	03	#	10	82.47	105.48		\$959,275.86
2015	04	#	10	82.47	105.48		\$959,275.86
2015	05	#	10	82.47	105.48		\$959,275.86
2015	06	#	10	82.47	105.48		\$959,275.86
2015	M13	#	10	82.47	105.48		\$959,275.86
2015	07	#	10	82.47	105.48		\$959,275.86
2015	08	#	10	82.47	105.48		\$959,275.86
2015	09	#	10	82.47	105.48		\$959,275.86
2015	10	#	10	82.47	105.48		\$959,275.86
2015	11	#	10	82.47	105.48		\$959,275.86
2015	12	#	10	82.47	105.48	6.77%	\$959,275.86
2015	M14	#	10	82.47	105.48		\$959,275.86
2016	01	#	10	88.05	105.48		\$1,024,218.84
2016	02	#	10	88.05	105.48		\$1,024,218.84
2016	03	#	10	88.05	105.48		\$1,024,218.84
2016	04	#	10	88.05	105.48		\$1,024,218.84
2016	05	#	10	88.05	105.48		\$1,024,218.84
2016	06	#	10	88.05	105.48		\$1,024,218.84
2016	M13	#	10	88.05	105.48		\$1,024,218.84
2016	07	#	10	88.05	105.48		\$1,024,218.84
2016	08	#	10	88.05	105.48		\$1,024,218.84
2016	09	#	10	88.05	105.48		\$1,024,218.84
2016	10	#	10	88.05	105.48		\$1,024,218.84
2016	11	#	10	88.05	105.48		\$1,024,218.84
2016	12	#	10	88.05	105.48	5.75%	\$1,024,218.84
2016	M14	#	10	88.05	105.48		\$1,024,218.84
2017	01	#	10	93.11	105.48		\$1,083,111.42
2017	02	#	10	93.11	105.48		\$1,083,111.42
2017	03	#	10	93.11	105.48		\$1,083,111.42
2017	04	#	10	93.11	105.48		\$1,083,111.42
2017	05	#	10	93.11	105.48		\$1,083,111.42
2017	06	#	10	93.11	105.48		\$1,083,111.42
2017	M13	#	10	93.11	105.48		\$1,083,111.42
2017	07	#	10	93.11	105.48		\$1,083,111.42

2017	08	#	10	93.11	105.48		\$1,083,111.42
2017	09	#	10	93.11	105.48		\$1,083,111.42
2017	10	#	10	93.11	105.48		\$1,083,111.42
2017	11	#	10	93.11	105.48		\$1,083,111.42
2017	12	#	10	93.11	105.48	4.09%	\$1,083,111.42
2017	M14	#	10	93.11	105.48		\$1,083,111.42
2018	01	#	10	96.92	105.48		\$1,127,410.68
2018	02	#	10	96.92	105.48		\$1,127,410.68
2018	03	#	10	96.92	105.48		\$1,127,410.68
2018	04	#	10	96.92	105.48		\$1,127,410.68
2018	05	#	10	96.92	105.48		\$1,127,410.68
2018	06	#	10	96.92	105.48		\$1,127,410.68
2018	M13	#	10	96.92	105.48		\$1,127,410.68
2018	07	#	10	96.92	105.48		\$1,127,410.68
2018	08	#	10	96.92	105.48		\$1,127,410.68
2018	09	#	10	96.92	105.48		\$1,127,410.68
2018	10	#	10	96.92	105.48		\$1,127,410.68
2018	11	#	10	96.92	105.48		\$1,127,410.68
2018	12	#	10	96.92	105.48	3.18%	\$1,127,410.68
2018	M14	#	10	96.92	105.48		\$1,127,410.68
2019	01	#	10	100.00	105.48		\$1,163,262.33
2019	02	#	10	100.00	105.48		\$1,163,262.33
2019	03	#	10	100.00	105.48		\$1,163,262.33
2019	04	#	10	100.00	105.48		\$1,163,262.33
2019	05	#	10	100.00	105.48		\$1,163,262.33
2019	06	#	10	100.00	105.48		\$1,163,262.33
2019	M13	#	10	100.00	105.48		\$1,163,262.33
2019	07	#	10	100.00	105.48		\$1,163,262.33
2019	08	#	10	100.00	105.48		\$1,163,262.33
2019	09	#	10	100.00	105.48		\$1,163,262.33
2019	10	#	10	100.00	105.48		\$1,163,262.33
2019	11	#	10	100.00	105.48		\$1,163,262.33
2019	12	#	10	100.00	105.48	3.80%	\$1,163,262.33
2019	M14	#	10	100.00	105.48		\$1,163,262.33
2020	01	#	10	103.80	105.48		\$1,207,466.30
2020	02	#	10	103.80	105.48		\$1,207,466.30
2020	03	#	10	103.80	105.48		\$1,207,466.30
2020	04	#	10	103.80	105.48		\$1,207,466.30
2020	05	#	10	103.80	105.48		\$1,207,466.30
2020	06	#	10	103.80	105.48		\$1,207,466.30
2020	M13	#	10	103.80	105.48		\$1,207,466.30
2020	07	#	10	103.80	105.48		\$1,207,466.30
2020	08	#	10	103.80	105.48		\$1,207,466.30
2020	09	#	10	103.80	105.48		\$1,207,466.30
2020	10	#	10	103.80	105.48		\$1,207,466.30
2020	11	#	10	103.80	105.48		\$1,207,466.30
2020	12	#	10	103.80	105.48	1.61%	\$1,207,466.30
2020	M14	#	10	103.80	105.48		\$1,207,466.30
2021	01	#	10	105.48	105.48		\$1,226,906.51
2021	02	#	10	105.48	105.48		\$1,226,906.51
2021	03	#	10	105.48	105.48		\$1,226,906.51
2021	04	#	10	105.48	105.48		\$1,226,906.51
2021	05	#	10	105.48	105.48		\$1,226,906.51
2021	06	#	10	105.48	105.48		\$1,226,906.51
2021	M13	#	10	105.48	105.48		\$1,226,906.51
2021	07	#	10	105.48	105.48		\$1,226,906.51
2021	08	#	10	105.48	105.48		\$1,226,906.51
2021	09	#	10	105.48	105.48		\$1,226,906.51
2021	10	#	10	105.48	105.48		\$1,226,906.51

Total Mesadas
\$116,908,288.86

Se autorizará a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional, las sumas correspondientes a las cotizaciones en salud en las EPS donde se encuentren afiliadas las beneficiarias ANA TERESA GÓMEZ y BLANCA MARGARITA AYCARDI.

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 adelante 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 COLPENSIONES, 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.

En virtud a las anteriores consideraciones, el problema jurídico quedará resuelto en forma desfavorable a la recurrente, CONFIRMANDOSE en todas sus partes, la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha de 21 de octubre de 2020, MODIFICÁNDOSE lo referente al porcentaje de la mesada pensional para cada una de las beneficiarias y COMPLETÁNDOSE respecto a la condena en concreto y el descuento del retroactivo al pago de las cotizaciones a salud en la EPS de las beneficiarias.

Se condenará en costas procesales en esta instancia a COLPENSIONES por no haberle prosperado el recurso de alzada según lo previsto en el art. 365 del CGP, fijando como agencias en derecho, la suma de \$400.000 a favor de cada uno de las beneficiarias ANA TERESA GÓMEZ y BLANCA MARGARITA AYCARDI.

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

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA de fecha 21 de octubre de 2020, MODIFICÁNDOSE en el ordinal TERCERO en el sentido de que le corresponderá de la mesada pensional de sobrevivientes a favor de la señora Ana Teresa Gómez en calidad de cónyuge separada de hecho con vínculo matrimonial vigente del pensionado Víctor Márquez un 59.70% y a favor de la a señora Blanca Margarita Aycardi en calidad de compañera permanente supérstite del causante el 40.30% del total de la mesada pensional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COMPLEMENTAR la sentencia proferida por la Juez A quo en cuanto a la determinación de la suma correspondiente al retroactivo pensional, desde el 18 de febrero de 2014 hasta el 30 de octubre de 2021 de **\$116,908,288.86** valor que deberá ser indexado a la fecha del pago efectivo.

TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional, las sumas correspondientes a las cotizaciones en salud en las EPS donde se encuentren afiliadas las beneficiarias ANA TERESA GÓMEZ y BLANCA MARGARITA AYCARDI.

CUARTO: CONDENAR en costas procesales en esta instancia, a COLPENSIONES por no prosperar el recurso de alzada, fijando como agencias en derecho, la suma de \$400.000 a favor de cada uno de las beneficiarias ANA TERESA GÓMEZ y BLANCA MARGARITA AYCARDI.

NOTIFIQUESE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 116, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 17 de noviembre de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-003-2015-00503-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18654
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: HENRY ABOZAGLO GONZALEZ Y ANDREA SALAS CASTRO
ACCIONADO: ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A.
TEMA: DESPIDO SIN JUSTA CAUSA
ASUNTO: APELACIÓN

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

San José de Cúcuta, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (N. de S.), procederá a resolver los recursos de alzada interpuestos por la demandante y la demandada contra la sentencia proferida el 05 de junio de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-003-2015-00503-00 y P.T. No. 18654 promovido el señor HENRY ABOZAGLO GONZALEZ a través de apoderado judicial contra la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA 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 solicita que se declare la existencia de una relación laboral con la demandada entre el 25 de abril de 2013 hasta el 11 de mayo de 2015, mediante un contrato de trabajo a término indefinido; contrato que se modificó en 3 oportunidades. Que dicho contrato fue terminado unilateralmente por la demandada sin alegar una justa causa y sin reconocer la indemnización a que tenía derecho, por lo que, solicita que se reconozca la indemnización por despido sin justa causa de conformidad con el art. 64 del CST, el pago de los perjuicios morales estimados en 50 SMMLV, al pago de los perjuicios morales a favor de su esposa Andrea Salas Castro y de su hija menor de edad Sofia Abozaglo Salas. Que se reconozca y pague las comisiones de ventas por bienes, servicios y planes exequiales según la realidad, la indexación de las mismas, que los valores dejados de percibir se consideren factor salarial y se reliquide y pague las

prestaciones sociales, aportes a salud y pensión, indemnización por despido sin justa causa, indemnizaciones moratorias por la consignación de cesantías y los intereses; que se declare que las sumas o valores por concepto de “desistimientos” producidos por los compradores o los negocios “rescindidos” por la demandada que hayan afectado los valores de las comisiones por venta de bienes, servicios o planes exequiales a que tenía derecho son descuentos salariales ilegales, en consecuencia, se restituya dichos dineros junto con la reliquidación de todas las prestaciones; que se declare que las bonificaciones o incentivos por cumplimiento de metas reconocidas y pagadas durante la relación laboral fueron indebidamente liquidadas, en consecuencia, se reliquide y pague dichos conceptos, además, que se declaren salario por remunerar servicios en forma habitual, que se indexen las sumas debidas, que se condene al pago de la indemnización moratoria del art. 65 del CST, que se usen las facultades extra y ultra petita, que se paguen las costas procesales.

II. HECHOS.

Manifestó que fue vinculado a la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA desde el 25 de abril de 2013 hasta el 11 de mayo de 2015 para desempeñar el cargo de director de ventas; que el contrato fue modificado en 3 oportunidades. Que la última modificación del contrato, fue el 1º de abril de 2015 donde fue nombrado gerente de servicios de casa de funerales encargándose de dirigir y orientar un grupo de vendedores llamados “Champion”. Que el 11 de mayo de 2015 fue despedido sin justa causa, que su esposa e hija fueron afectadas emocionalmente. Que la forma de remuneración se pactó por comisiones de ventas, que la mayoría de ventas se hacían a plazos, que en los casos en los que se presentaban “desistimientos” de negocios o ventas que se “rescindían” las comisiones pagadas le eran descontadas al siguiente mes afectando en forma retroactiva el pago; que los desistimientos o las ventas rescindidas eran causa de la indebida gestión del Departamento de recauda y cartera; que durante la relación, recibió en forma habitual bonificaciones o incentivos en dinero y en especie que retribuían su trabajo constituyendo salario; que el salario percibido siempre fue variable porque dependía de las comisiones, hasta que asumió el cargo de Gerente de servicios de casa de funerales, donde fue remunerado con salario fijo mensual.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.

LA ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A. a través de su apoderado judicial contestó la demanda, aceptando algunos hechos y oponiéndose las pretensiones del pago al perjuicio moral, las comisiones, los desistimientos y que las condiciones contractuales no fueron causadas; propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación en pagar las comisiones pretendidas, ya que estas fueron pactadas bajo condiciones del contrato y sus modificaciones que eran afectadas por los desistimientos; la inexistencia de la obligación en reajustar y pagar las prestaciones sociales ya que, las bonificaciones no fueron habituales, uniformes y no pretendía retribuir directamente el servicio del

demandante; la Buena fe del empleador; la terminación del contrato por justa causa, esto es, modificar el plan estratégico de ventas del 2015 que le correspondía realizar al Gerente de Ventas y debía ser aprobado por la Junta Directiva; la inexistencia de perjuicios morales a los demandantes, la mala fe de los demandantes, la prescripción.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA en sentencia de fecha 05 de junio de 2019, **Declaró** *“que la empresa Organización La Esperanza S.A. afectó el salario del señor Henry Abozaglo González con descuentos ilegales realizados sobre las comisiones por concepto de desistimiento y la cláusula del contrato que permite la afectación de este, por esta causa, es ineficaz, dado que desconoció el derecho irrenunciable al salario, violando lo establecido en el numeral primero del artículo 59 y el artículo 149 del código sustantivo del trabajo”*.

Declaró NO probada la excepción de prescripción propuesta por la Organización La Esperanza S.A. **Condenó** a la empresa Organización La Esperanza S.A. a reconocer al demandante Henry Abozaglo González por concepto de comisiones dejadas de pagar en el período que va del junio del 2013 hasta marzo del 2015, la suma de \$14.118.385.

Declaró que los pagos realizados al demandante Henry Abozaglo González por concepto de bonificaciones, incentivos y premios son factor salarial para liquidar los derechos laborales derivados del contrato de trabajo que mantuvo con la empresa Organización La Esperanza S.A., en la medida que retribuían el servicio prestado como director de ventas, en consecuencia, **Condenó** a la empresa Organización la Esperanza S.A. a reajustar las prestaciones sociales y vacaciones del demandante Henry Abozaglo González que se causaron durante la vigencia de la relación laboral, incluyendo como factor salarial las comisiones descontadas por desistimiento, bonificaciones incentivos y premios, debiendo pagar las siguientes sumas de dinero:

- Por cesantías 2013 ajuste de cesantías 2013 la suma del \$434.996 pesos
- Por cesantías 2014 la suma de \$1.543.119 pesos
- Por reajuste de cesantías 2015 \$935.337 pesos
- Por intereses de cesantías, reajuste de intereses de cesantías para el año 2013 la suma de \$35.670 pesos
- Para el año 2014 la suma de \$185.174 pesos
- Para el año 2015 la suma de \$40.843 pesos
- Para reajuste de primas de servicio del primer semestre para el año 2013 la suma de \$29.517 pesos
- Para el primer semestre del año 2014 la suma de \$534.904 pesos
- Para el primer semestre del año 2015 la suma de \$1.158.855 pesos
- Para las primas del segundo semestre del año 2013 la suma de \$437.184 pesos
- Para el año 2014 la suma de \$1.008.215, y para vacaciones del año 2013 el reajuste de \$428.128 pesos
- Para el año 2015 en que se acumularon las vacaciones 2014 y 2015 el reajuste por valor de \$1.345.885 pesos

Condenó a la empresa Organización la Esperanza S.A a pagar el fondo de pensiones y a la empresa promotora de salud (sic) a la cual se encuentran afiliados Henry Abozaglo González los reajustes en las cotizaciones con sus correspondientes intereses moratorios y entera satisfacción de dichas entidades, teniendo como salario promedio no computados para la aplicación de estos aportes lo siguiente:

- Para junio del 2013 al ajustarlo con un salario de \$483.800 pesos
- Para julio del 2013 con un salario de \$1.080.473 pesos
- Para agosto del 2013 con la suma de \$768. 693 pesos
- Para septiembre del 2013 la suma de \$645.170 pesos
- Para octubre del 2013 en la suma de \$1.142.060 pesos
- Para noviembre del 2013 la suma de \$853.638 pesos
- Para diciembre del 2013 la suma de \$755.877 pesos
- Para enero del 2014 con salario de \$1.641.915 pesos
- Para febrero del 2014 la suma de un salario de \$1.134.113 pesos
- Para marzo de 2014 la suma salarial de \$819.900 pesos
- Para abril del 2014 la suma de \$949.921 pesos
- Para mayo del 2014 con base a un salario de \$835.056 pesos
- Para junio del 2014 la suma de \$1.037.943 pesos
- Para julio del 2014 la suma de \$1.899.536 pesos
- Para agosto del 2014 la suma de \$857.637 pesos
- Para septiembre del 2014 la suma de \$2.625.807 pesos
- Para octubre de 2014 la suma de \$1.644.741 pesos
- Para noviembre del 2014 por una base salarial de \$1.250.915 pesos
- Para enero del 2015 en la suma de \$3.819.942 pesos, como base salarial de los aportes
- Para febrero del 2015 la suma de \$7.233.924 pesos como base salarial de los aportes
- Para marzo del 2015, la suma de \$1.185.037 pesos como base salarial de los aportes
- Para abril del 2015 la suma de \$512.474 salario promedio de cotización sobre los cuales se aplicarán los respectivos porcentajes de cotización para el sistema de salud y pensión

Condenó a la empresa Organización la Esperanza S.A a reconocer y pagar al demandante Henry Abozaglo González la indemnización por despido equivalente a la suma de \$11.426.359 pesos, al pago de la indexación de las sumas reconocidas en esta Providencia desde el momento en que se hicieron exigibles las mismas hasta el momento que sea efectivo el pago como mecanismo para evitar la gradual devaluación de las sumas dinerarias que le han sido reconocidas al demandante.

Absolvió a la Organización la Esperanza S.A. de reconocer y pagar al demandante, a la señora Andrea salas Castro y a la menor Sofía Abozaglo Salas los prejuicios morales por el despido y al demandante, la indemnización moratoria del artículo 99 de la ley 50

de 1990 y 65 del código sustantivo del trabajo. Por último, **Condenó** en costas a la parte demandada por haber resultado vencida en el juicio.

Para fundamentar lo anterior, la Juez estableció 6 puntos a tratar, el primero, respecto a (i) los **descuentos de las comisiones por los desistimientos**, argumentando que, de las pruebas documentales y testimoniales practicadas en audiencia, la parte demandante demostró que los descuentos que realizaba el empleador a las comisiones por causa de los desistimientos o rescisiones de los clientes, no se ajustaban a los derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador, ya que, éstos entraban a su patrimonio y no podían ser descontados, por lo que, la cláusula contractual condicionada a pesar de haberse otorgado bajo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes según lo previsto en el art. 1542 del CC, *“la misma no puede implicar una facultad omnímoda al empleador de descontar salario ya cancelados al trabajador, por lo que, resulta INEFICAZ según los arts. 13 y 43 del CST”*; así mismo, sostuvo que los desistimientos son riesgos propios de la actividad comercial de la Organización la Esperanza S.A., que no debe ser asumido por el trabajador a quien se le pagó una comisión por la suscripción del mismo, operando la garantía consagra en el artículo 28 del código sustantivo del trabajo; en conclusión, arguye que, *admitir la validez de esa estipulación contractual sería asimilable otorgar la facultad absoluta el empleador de descontarle los salarios ya cancelados a los trabajadores aun siendo como fundamento que la actividad que desarrolla no le produjo beneficio alguno lo que transgrediría evidentemente los principios esenciales del derecho laboral contenido en el artículo 53 de la constitución política como el del irrenunciabilidad de derechos y el mínimo de garantías y protección al trabajador*.

Para tomar la anterior decisión, tuvo en cuenta además de los documentos aportados por las partes, las declaraciones rendidas por las señoras Isabel Cristina Rincón Rodríguez y Ruby Cuberos Tarazona, la primera en calidad de Gerente y la segunda en su condición de Jefe de Recaudo; también, los documentos decretados de oficio obrantes a folios 481-487 del expediente, en los cuales, se discrimina el valor de cada contrato, el valor pagado por el cliente, la penalidad cobrada y el valor devuelto, para concluir, que el desistimiento de un contrato en la realidad, no implica la devolución del dinero cancelado por el cliente, debido a que conforme lo explicó la jefe de cartera la Organización La Esperanza S.A., la política y condiciones contractuales exigen que el cliente mantuviera el contrato o se le ofrecía un producto de distinto valor a lo cancelado por él, lo que efectivamente se corrobora con la certificación aportada por la misma empresa demandada, en la cual se dejó constancia que, los valores que se devolvieron a los clientes fueron trasladados o abonados a otros contratos; luego entonces, en virtud del principio de la realidad sobre las formas que rige el derecho laboral conforme lo establece el artículo 53 de la constitución política, si bien, en el contrato se pactó que las comisiones se verían afectadas por los desistimientos, no es menos que esta formalidad no puede superar que en verdad la empresa Organización La Esperanza S.A. nunca reembolsó o devolvió ese dinero a los clientes, debido a que éste se trasladaba a otro producto o servicio sin que el empleador sufriera verdaderamente una pérdida patrimonial. En esa medida no resulta admisible que por ese desistimiento se le descuenta lo devengado por el trabajador por concepto de comisión.

Conforme con lo expuesto, determinó que, los descuentos por concepto de desistimiento son ilegales, por lo que el actor tiene derecho al pago de las comisiones descontadas y al reajuste salarial y prestacional solicitado por tal concepto, y al presentarse la interrupción de la prescripción el 19 de mayo de 2015 con la petición del actor ante la empresa demandada y la demanda el día 30 de octubre de 2015, la acción judicial que reclama los derechos no prescribe.

Bajo las anteriores consideraciones, la Juez determinó que según lo visto a folios 395-400 del expediente, la empresa demandada debía reconocer al trabajador la suma de \$14.118.385, en lo que se refiere a la justa prestacional causada con el reconocimiento de las comisiones anteriores, desde el mes de junio de 2013 hasta el mes de marzo de 2015.

El segundo punto debatido, hace referencia a (ii) las bonificaciones, incentivos y premios como factor salarial, sobre la cual, la Juez A quo trae a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en las sentencias de radicado SL3266/2018 y SL1798 del 2018 respecto al alcance del art. 128 del CST, determinando que de conformidad con las pruebas documentales aportadas al expediente, entre otras, el contrato de trabajo y sus modificaciones, los pagos por concepto de bonificaciones y premios entregados al trabajador, éstos últimos, consistentes en diplomados universitarios, incentivos de gestión, incentivos por cumplimiento del grupo, bonificaciones, entre otros, **fueron habituales y periódicos, y los mismos están directamente relacionados con el servicio prestado por el demandante como director de ventas**, ya que éstas se causaban cuando se cumplirán los presupuestos de ventas, aspectos que estuvieron estrechamente relacionados con la retribución del servicio en los mismos contratos de trabajo donde se fijaron las metas o presupuestos de ventas mínimos y máximos que se debían cumplir para el pago de las comisiones; de igual manera, aseguró que los premios podrían representarse en la asistencia o participaciones a esas convenciones y se sujetaban al cumplimiento de metas o presupuestos de ventas.

Además, las bonificaciones, incentivos cancelados por el empleador Organización La Esperanza S.A. alcanzaban entre el 50% y 75% del salario del actor, y para el periodo enero del 2015 recibió tres pagos que doblaron este, lo cual resta mérito a la mera liberalidad, dado que el monto de los mismos dependía del monto de las ventas realizadas por el grupo del demandante, y aun así este plan de incentivos hubiera realizado unilateralmente por el empleador, no desvirtúa que las bonificaciones incentivos y premios, realmente retribuyen el servicio del actor, eran para su beneficio y enriquecían su patrimonio, y no estaban destinados a que esté desempeñara cabalmente sus funciones con excepción del diplomado en la universidad de la sabana, el cual puede entenderse que si tenía esa finalidad teniendo en cuenta que en virtud del cargo desempeñado por el actor, este era enriquecedor para motivar, estimular y plantear estrategia para los vendedores a su cargo; en conclusión, la Juez A quo determinó que el demandante Henry Abozaglo González, tiene derecho a que la empresa Organización La Esperanza S.A. reajuste las prestaciones sociales, incluyendo las comisiones dejadas de cancelar por concepto de desistimiento las bonificaciones, incentivos y premios como factor salarial, para liquidar los derechos laborales derivados del contrato de trabajo

El tercer punto desarrollado por la Juez A quo, refiere (iii) al reajuste de los aportes a salud y pensión, la Juez A quo consideró que conforme con lo resuelto anteriormente, la empresa demandada tenía la obligación de cotizar al sistema pensional y de salud, sobre el salario realmente devengado por el demandante, debido a que en el mismo no se incluyeron las comisiones descontadas por desistimiento, ni las bonificaciones, incentivos y premios que verdaderamente tenía un carácter salarial, lo que afecta el derecho a la seguridad social del demandante; por lo que, ordenó su reajuste junto con sus correspondientes intereses moratorios.

El cuarto tema debatido hace referencia al pago de la **(iv) indemnización por despido sin justa causa**, fundamentado en que el empleador decidió dar por terminado el contrato de trabajo del demandante, utilizando el medio documental, por lo que, al examinar la carta entregada el 11 de mayo de 2015 (fl.379), la Organización la Esperanza **no especificó la causa de la terminación**, incumpliendo lo previsto en el art. 62 del CST, en consecuencia, la Juez A Quo no avaló lo argumentado por la demandada respecto a que los motivos habían sido comunicados de forma verbal, y tampoco respecto a la ratificación mediante correo del 7 de mayo de 2015, porque en este, no se especificó la justa causa alegada por la demandada; bajo estas observaciones, la operadora judicial consideró, que el actor tenía derecho al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa tomando para el respectivo cálculo, el último salario promedio cancelado en la suma de \$7'029.351 que incrementado por los reajustes dados en la sentencia, arroja un total de \$9'599.742.00, por el tiempo de servicio prestado desde el 25 abril del 2013 al 11 de mayo del 2015, para un total de \$11.426.359 pesos.

Respecto a **(v) los Perjuicios Morales**, la Juez de primera instancia sostuvo que, el demandante no demostró que existiera una conducta del empleador Organización La Esperanza S.A., que le generara menoscabo a su patrimonio moral, pues el despido en sí mismo considerado no es suficiente para que se estructuren estos perjuicios, teniendo en cuenta los criterios Jurisprudenciales señalados por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4510 del 2018.

En cuanto **a (vi) la indemnización por no consignación de las cesantías** prevista en el numeral 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990, la Juez A quo consideró que no era procedente condenar a la demandada **por cuanto lo pretendido hace referencia a los excedentes o diferencias generadas por la inclusión de factores salariales**, supuesto que no se encuentra consagrado en esta normatividad.

Que no proceden las sanciones del art. 65 del CST ni la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, porque existen razones serías y entendibles justificables, que llevaron a la empresa demandada a la exclusión de las bonificaciones o premios, inclusive la aplicación de esos desistimientos, por lo que, su actuar estuvo revestido de la buena fe.

V. ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado judicial del demandante, impugnó la decisión en forma parcial, respecto a las resultas que le fueron desfavorables, estas son: él no reconocimiento del perjuicio moral, el no reconocimiento de la sanción por la no consignación oportuna de cesantías y en el no reconocimiento de la indemnización moratoria del artículo 65 por el no pago de salarios y prestaciones.

En cuanto a los perjuicios morales, sostiene que cuando la empresa demandada terminó el contrato de trabajo sin justificación al señor Henry Abozaglo y luego, insinuó que la causa fue por haber cambiado el plan de mercadeo, teniendo claro conocimiento que dicho trámite lo realizaba la gerente, **afectó considerablemente el buen nombre del señor Abozaglo**; de igual manera en los testimonios arrimados por la parte demandada, se dijeron cosas acerca del señor Abozaglo, con connotaciones de carácter absolutamente negativo, y los testimonios de la señora Liliana Gutiérrez, y del señor Jorge Chávez, quienes señalaron de forma concurrente que pasaron muy malos momentos los señores o la familia Abozaglo por esa incertidumbre de no saber la razón del despido, que tuvieron que trasladarse de ciudad, en búsqueda de mejores oportunidades, que su hija menor de 12 años fue afectada al cambiarse de colegio; luego entonces, **la conducta de la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA fue de mala fe o por lo menos con la intención de causar un daño, generando un menoscabo con el despido,** porque en ningún momento establecieron la causal solo después a través de un derecho de petición, cuando la empresa aseveró razones sin prueba, *“haciendo una serie imputaciones mentirosas y una serie de imputaciones donde le dice que engaña, donde se le dice que manipulo un documento para obtener beneficios en contra de la empresa”*.

Respecto a la indemnización del artículo 65 CST, dice que se demostró en el proceso, que la Organización La Esperanza actuó de mala fe cuando estableció el pacto de desalarización de las bonificaciones; trae a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, SL 88216 de 2016 con radicado 47048, MP doctora Clara Cecilia Dueñas Acevedo que reconoció por sentencia unos pagos con una connotación salarial, los cuales fueron desalarizados por una estipulación contractual.

Que, de los testimonios recaudados en este proceso, la señora gerente o representante legal de la época, la señora Isabel Cristina, manifestó, que era una constante preocupación dentro de la Organización la Esperanza, y un hecho conocido por la Junta directiva de la Organización la Esperanza, que muchas de estas bonificaciones podrían tener una connotación salarial, y, sin embargo, la Organización la Esperanza guardó silencio. Que las bonificaciones no se pagaban dentro de la tirilla de la nómina, nunca aparecieron los pagos de las bonificaciones, sólo aparecían básico, comisión, y el ajuste de la comisión; *“de la bonificación no se dejó rastro en la tirilla de la nómina, raro”*, y eso muestra posiblemente una intención ocultamiento de parte de La Organización la Esperanza. De igual manera, señaló que la cláusula penal, es la prueba de la mala fe porque al cliente no se le devuelve plata, la Organización La Esperanza se queda con todo el dinero, pero si se le descuenta la comisión al trabajador, o sea, el único que pierde es el trabajador; eso es un hecho de mala fe, y los descuentos por los

desistimientos fueron declarados ineficaces, por lo tanto, las sanciones previstas en la ley son procedentes.

Referente a la indemnización por la no consignación de las cesantías, se demostró que el pacto de desalarización es ineficaz porque vulnera el art. 127 del CST y no existen razones que justifiquen la conducta de la Organización la Esperanza, no existen pruebas que Justifiquen esa conducta de no pago, por el contrario, hay pruebas como la prueba testimonial que acredita la mala fe, situación que no fue desvirtuada por la empresa demandada.

El apoderado judicial de la empresa demandada, interpuso recurso de apelación, argumentado que, a pesar de que en la sentencia de primera instancia se determinó que **los descuentos por “desistimientos son ilegales”**, desde el punto de vista legal, incluso jurisprudencial, el punto de las obligaciones entre otros temas cómo nacen las obligaciones, los elementos de las obligaciones, las clasificaciones de las obligaciones, los efectos y las causales de extinción están reguladas en el código civil y no en el código sustantivo del trabajo; y en varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia aplica las disposiciones del código sustantivo del código civil en ese sentido.

Que los arts. 1530, 1531, 1534, 1536 y 1542 del Código Civil aplicables en materia laboral y concretamente en el caso que nos ocupa, el salario pactado entre las partes en la modalidad de comisiones, estaba sometido a la condición, esto es, que en el contrato celebrado entre Organización La Esperanza S.A. y el cliente no se presentará el desistimiento según el literal C de las condiciones generales de la oferta para adquisición de bienes y/o servicios que se hizo referencia en la sentencia; por consecuencia, si se daba la condición que era negativa, causal y suspensiva, no nacía la obligación del empleador de pagar la comisión, ni correlativamente el derecho del trabajador devengarla, y en caso de haberse pagado antes del desistimiento podía el empleador hacer el descuento conforme al artículo 1542 inciso 2° del código civil y el contrato de trabajo y sus modificaciones (ver cláusula primera inciso final). Las comisiones fueron pactadas bajo las condiciones del contrato y sus modificaciones entre ellas eran afectadas por los desistimientos.

Que, durante la vigencia de la relación laboral, ni a su terminación, el trabajador manifestó inconformidad, verbal o escrita por la afectación de las comisiones por desistimiento presentados.

Que según él literal C de las condiciones generales de la oferta para adquisición de bienes y/o servicios que se firmaban entre Organización La Esperanza S.A. y el cliente que establece: *“en caso de mora de 1 o hasta 3 anticipos, la organización o su cesionaria cobrará intereses de mora a la tasa autorizada, sin perjuicio de dar por cancelada la*

negociación por incumplimiento. Igualmente se perderán los beneficios económicos concedidos”, fue firmado por el director de ventas, labor que desempeñó el demandante.

Que en los casos en los que no se presentó la mora, o el cliente manifestaba la voluntad de no continuar con el contrato Organización La Esperanza terminaba el contrato pero nunca por falta de gestión cómo se afirmó en la demanda, todo esto lleva a sostener que cuando operaban desistimiento o una especie de retractación por parte del cliente, el contrato celebrado entre el cliente y la organización no se entendía jurídicamente celebrado; luego si no se entendía celebrado, mal podría trabajador devengar una comisión por un salario, por un servicio que finalmente no produjo un resultado, en ese sentido es que aparecen pertinente la aplicación de las disposiciones del código civil citadas, pero erróneamente la Juez A quo consideró que no eran aplicables, desconociendo también, lo previsto en el artículo 1602 del código civil, que dispone que el contrato es ley para las partes y en ese sentido no se valoró y aplicó concretamente esta norma.

Respecto a las bonificaciones, señaló que la Juez A quo desconoció la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dispuesta en las sentencias SL 3203-1016 radicación 46517 del 24 de febrero de 2016, magistrada ponente Doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo que se reitera entre otras, en la sentencia del 8 de mayo de 2014 expediente SL8005-2014 radicación 42970, magistrado ponente Rigoberto Echeverri Bueno, donde indican: “...*para que una bonificación se considere como salario, ese reconocimiento debe ser habitual uniforme y retribuir directamente el servicio. Así mismo, no provenir de un acto unilateral del empleador, si no ser un pacto entre las partes como por ejemplo que este contenido en el contrato de trabajo o en cualquier otro acuerdo posterior*”. dice la corte en esta sentencia SL 3203-2016 en los folios 14-15 lo siguiente, en un caso muy similar al analizado, que “*así resulta evidente que ese pago estaba condicionado a que la sucursal donde se desempeñaba el actor cumpliera con los cometidos diseñados en el denominado plan de incentivos obrante a folios 82-85, más no obedecía a una retribución directa por el servicio prestado, pues en realidad constituye un incentivo que de manera unilateral estableció el empleador en aras de propender por el cumplimiento de esas metas trazadas.*”

Que, por las razones anteriores, ese pago no se enmarca dentro del concepto salarial, en tanto se tiene que tales reconocimientos no eran habituales, tampoco uniformes y no pretendían retribuir directamente el servicio del demandante, de suerte que ello no le permite a la sala catalogarlos como salario.

Adicional, que tales reconocimientos además de no ser de consagración legal, tampoco tuvieron origen en el contrato de trabajo, ni el reglamento interno de trabajo, pensión o pacto colectivo de trabajo; razón por la cual se puede afirmar que se reconocía por mera liberalidad de la empleadora reiteró folios, 14-15.

Que la doctrina probable, como sabemos, es de obligatorio cumplimiento con fundamento en la sentencia C 836 de 2001 de la corte constitucional, criterio que reitera el artículo séptimo inciso 2° del código general del proceso que a su vez es un deber del juez establecido en el artículo 42 numeral 7° del mismo código general del proceso, y criterio jurisprudencial expuesto por la sala de casación penal en sentencia del 26 de mayo de 2000 expediente 33.331 magistrado ponente Alfredo Gómez Quintero.

Que la Juez A quo aplicó un criterio jurisprudencial si bien resiente, pero aislado que no constituye una verdadera doctrina probable, y hay clara diferencia entre un criterio jurisprudencial o una sentencia, y así sea de la misma Corte Suprema de Justicia, y la doctrina probable que es vinculante para el juez.

Que los elementos que deben considerarse por el juzgador para establecer una bonificación como salario, es que esa bonificación sea habitual, que sea uniforme, que retribuya el servicio, y que no sea causada por mera liberalidad del empleador; en este caso, el único de los cuatro elementos mencionados que se consideró fue el de la retribución directa del servicio, circunstancia que en la mayoría de los casos se adecua al tener relación con la prestación del servicio. Luego no se puede pretender que una bonificación sea absolutamente ajena a la prestación del servicio, lo que no puede hacer es una retribución directa del servicio; y se resalta que, con las bonificaciones que el trabajador devengue llamadas incentivos en el plan estratégico aportado en el proceso, no se quiso simular comisiones por cuanto las comisiones como siempre se ha sostenido, y eso está muy claro en el expediente, nunca fueron desconocidas, de hecho se reiteró que las comisiones devengadas por el demandante durante la vigencia de la relación laboral fueron de \$84.300.971 pesos; mientras que el monto de las bonificaciones fue sólo de \$18.760.605 pesos, es decir, esta cifra tan diferente en los dos conceptos muestra que realmente las bonificaciones no pretendían simular comisiones, la empresa tenía para el momento de los hechos un pacto de comisiones, qué se respetó, pero aparte tenía unos premios, por cumplimiento de unas metas.

Respecto a los premios, las certificaciones aportadas por el jefe de contabilidad, el doctor Luis Eduardo Jaimes Caballero, se puede encontrar por ejemplo un diplomado gerencial en la universidad de la sabana, sólo se concedió por una vez durante la vigencia de la relación laboral, una bonificación llamada de directores durante los meses de enero y mayo de 2015, la de incentivo de cumplimiento de grupo no la devengo de 2013, lo que pierde el carácter de habitualidad; Sin embargo, si la devengo en 2014, pero sólo en seis de los doce meses Abril, Mayo, Junio Julio, Agosto y Diciembre. Otro incentivo, premio, la de director tercer trimestre, sólo en Octubre, lo que permite concluir de manera objetiva con base en la prueba, y siguiendo el criterio jurisprudencial contenido en la doctrina probable de la habitualidad, que no fueron realmente habituales ni mucho menos uniformes, porque los montos de las mismas fueron diferentes ni tampoco fueron como retribución del servicio piénsese en la unificación del diplomado,

o en el premio que recibió el trabajador para disfrutar de una gran convención, eso realmente no es salario.

Referente a la condena por indemnización por terminación injusta del contrato, consideró que la Juez A quo desconoció el criterio jurisprudencial expuesto en el alegato de conclusión contenido en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral en sentencia del 23 de septiembre de 2008 expediente 33.005, magistrado ponente Dr. Camilo Tarquino Gallego, folios 15 y 16, en la que se establece que cuando el trabajador conoce previamente la justa causa, no es necesario que se expresa en la carta de despido como ocurrió en este caso, lo que se soporta con la declaración de la testigo Alba Rojas Machuca, que siendo gestora de proyectos del empleador, dijo constarle por el ejercicio de sus funciones lo que está consignado en el informe por E-mail del 7 de mayo de 2005, presentado por ella a la gerencia general, *según el cual, el demandante modificó sin autorización el plan estratégico de ventas de 2015*, incurriendo en una justa causa de despido que le fue comunicada verbalmente.

Que, a manera de réplica respecto a la argumentación presentada por el apoderado judicial del demandante sobre los perjuicios morales, se tiene que la pretensión se deriva de la terminación del contrato y no de lo que podía pasar dentro del transcurso del proceso, además, respecto a un traslado a la ciudad de Bogotá, eso no podría ser propiamente un perjuicio moral sino más bien un perjuicio material en caso de existir. Así mismo, fueron aportadas impresiones de fotografías descargadas de publicaciones que el demandante hizo en Facebook, en las que en fechas muy recientes a la terminación del contrato de trabajo conforme fue planteadas en la excepción, por ejemplo, fechas la terminación fue el 11 de mayo de 2015, pero el 23 de mayo, el 19 de julio, 29 de agosto y 24 de septiembre fecha cercana, se observa departiendo en fiestas y reuniones sociales, lo que es muy ajeno a una persona que sufre las condiciones de ira, dolor, angustia, que se narraron en la demanda.

Frente a la indemnización por consignación defectuosa del auxilio de cesantía y este argumento está referido también a la del artículo 65 del CST, la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia considera, que la buena fe según el artículo 83 de la constitución política, se presume, lo que se prueba es la mala fe y esa carga le corresponde al demandante no al demandado como se dijo en el recurso, la misma norma establece el artículo 769 del código civil. También se hizo referencia a que en algunas cuestiones, hubo mala fe del empleador en algún trámite dentro del proceso, sin embargo, la corte también se ha pronunciado sobre este tema al considerar que la conducta qué es objeto de análisis, es a la terminación del contrato de trabajo, que es cuando se establece la procedencia o no de la indemnización del artículo 65, así lo sostiene la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral en sentencia del 21 de febrero de 2006 expedientes 25460, Magistrado ponente Dr. Gustavo José Genneco, Mendoza.

Finalmente, aseguró que la declaración de la testigo Isabel Cristina, representante legal y la gerente general para la época, no acreditó lo manifestado mediante algún acta o conciliación que asegura, haber realizado con algunos de los trabajadores, por lo que, lo declarado no tiene fundamento.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado judicial del demandante, presentó los alegatos de conclusión mediante los cuales, ratificó los argumentos del recurso de apelación, solicitando la confirmación de los ordinales del primero al octavo y décimo de la sentencia de primera instancia, al tenerse probado que la “afectación” de las comisiones son descuentos salariales ilegales, pues desconoce principios básicos del derecho laboral como el derecho al salario y la no participación al trabajador de las “perdidas” de la empresa, situación que no debe soportar el trabajador. Que, entre la empresa y el trabajador, se pactaron comisiones por ventas como lo evidencia el contrato de trabajo y los varios otro sí al contrato de trabajo y no comisiones por recaudo, la cual estaba a cargo de una dependencia de cartera, como lo corrobora la declaración de RUBY CUBEROS TARAZONA, Jefe de Recaudo del área de cartera de la Organización la Esperanza, donde expresa que el recaudo de los pagos por la venta de los productos ofrecidos por la empresa no la hacia la fuerza de ventas, ni el Director Comercial, sino la dependencia de cartera.

Que las Bonificaciones, incentivos y premios son factor salarial, porque guardan relación directa con la actividad que ejercía el demandante, como Director Comercial, por lo que, no fueron otorgados por mera liberalidad del empleador. Además, alega que eran habituales, entregados de forma mensual, trimestral, semestral y anual. No era excepcionales, pues las recibía junto a su salario básico y comisiones de forma consuetudinaria y representaban el 50% o el 75% de sus ingresos.

En cuanto a la indemnización por despido injusto, dice que se demostró la mala fe del demandado, porque el despido mediante comunicación escrita no hizo referencia a una causal justificativa específica y se aduce en el proceso, sin llegarse a probar que la causal le fue expuesta de forma verbal, cuando obran en el plenario derechos de petición del señor Abozaglo solicitando, después del despido, le informen el motivo por el cual se termina unilateralmente el contrato de trabajo. Además, la demandada no despliega actividad probatoria alguna que permita establecer la inexistente causal del despido y la fecha de comunicación de la causal.

Solicitó revocar la decisión de absolución de **los perjuicios morales** por el despido, porque después de comunicado del despido sin alegar justa causa, el señor Abozaglo por medio de derecho de petición de fecha 15 de mayo de 2015 realiza una serie de solicitudes a su empleador, y la Organización La Esperanza le contesta con una serie de imputaciones deshonrosas y lo acusa de cometer delitos de forma mentirosa, sin

formula de juicio alguna que le permitiera defender su buen nombre, lo que afecta el debido proceso, la buena fe, rectitud y honorabilidad.

Que mediante comunicación fechada 5 de junio de 2015, suscrita por Carolina Cuadros García, Gerente de la demandada, le manifiesta sobre el plan de bonificaciones: “...*que usted mismo modificó para obtener mejores beneficios tanto para usted como para los vendedores a su servicio cuando fue encargado del departamento comercial en detrimento de los intereses económicos de su empleadora para obtener bonificaciones indebidas...*”.

De la anterior misiva, arguye que al señor Abozaglo le imputan los delitos de abuso de confianza o hurto, sin haber seguido los trámites previos de ser oído, pues se reitera que ni siquiera al momento de despedirlo se le comunico causal alguna, lo que va en contravía del derecho de defensa y el restablecimiento del buen nombre, que tiene arraigo constitucional, como evidencia la Corte Constitucional en sentencias C-594/1998, C-299/1998 y T546/2000, entre otras.

En relación con la absolución de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, alega que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ha señalado que dicha sanción procede no solo por el no pago de las cesantías sino por su pago deficitario o incompleto. En efecto, en sentencia Radicado No 40509, CSJ SL 403-2013. M.P Jorge Mauricio Burgos Ruiz, esa Corporación señaló que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación del valor pleno del auxilio de cesantía, como por su aporte deficitario o parcial y para este caso, el fallo de primera instancia, señaló que los desistimientos son descuentos salariales ilegales, que las bonificaciones, incentivos y premios son salario, que la cláusula de desalarización es ineficaz porque pretendía restarle la connotación salarial a unos pagos que eran comisiones disfrazadas, luego entonces, La Organización La Esperanza se lucro de las actividades desplegadas por el demandante, que al patrimonio de la demandada ingresaba la cláusula penal, la venta forzada de otro producto al cliente, que no se hacían devoluciones en dinero a los clientes que desistían y que además, se lucraba de las comisiones de mi poderdante, pues se les descontaban a pesar del ingreso patrimonial, todas estas situaciones evidentemente afectan el derecho al cálculo del valor de las cesantías a que tenía derecho, pues afectan directamente la base para liquidar este auxilio, “*todos estos artilugios no fueron justificados en debida forma por la demandada, quien no brindo razones justificativas de su actuar, solo se limitó a mal tratar, durante el proceso judicial, el buen nombre de mi representado, sin presentar pruebas o exponer argumentos que justificaran el pago defectuoso de esa prestación*”.

Respecto a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, solicita que la demandada sea condenada al pago respectivo, ante la existencia de razones justificativas y legales de que se dejaron de pagar salarios, prestaciones sociales y vacaciones al terminar la relación laboral, cuando la Gerencia y la Junta Directiva de la Organización La Esperanza tenían previo conocimiento de que se estaba dando un trato ilegal e injusto

al trabajador demandante, luego el comportamiento omisivo del empleador no estuvo asistido de buena fe. Adicionalmente, se debe considerar que, al momento de realizar la liquidación final de prestaciones, que se encuentra consignada en un documento obrante a folio 20 del expediente, se incorporó una transacción redactada unilateralmente por La Esperanza, sobre el pago de prestaciones sociales y vacaciones, que son derechos ciertos e indiscutibles, lo que evidencia nuevamente el uso abusivo de la posición dominante, pues somete el pago de prestaciones sociales, a que se acepte esa declaratoria de paz y salvo con efectos de cosa juzgada por el trabajador. Situación que motivo el derecho de petición de fecha de fecha 15 de mayo de 2015 del señor Abozaglo, donde cuestiona esa irregular posición de su empleador. Prueba diciente de que la demandada intentaba ocultar o subsanar la irregular situación.

Aseguró que la señora Juez erró al argumentar la improcedencia de esta sanción porque existía un acuerdo de desalarización, debido a que la Sala Laboral – Corte Suprema de Justicia en innumerables sentencias le da a esta situación no una naturaleza justificativa para el no pago de salarios y prestaciones al finalizar la relación laboral, sino un acto totalmente ineficaz que hace que el empleador deba de todas formas probar razones justificativas adicionales o diferentes a ese leonino acuerdo. (Sentencias SL 3266 de 2018 y SL 19484-2017).

Por último, aseguró que con la reclamación del trabajador inmediatamente después del despido y la liquidación de prestaciones y la declaración de la señora ISABEL CRISTINSA RINCÓN, ex representante legal de la Organización La Esperanza se evidencia que la demandada debía tener la convicción o por lo menos la duda de las implicaciones del no pago de los salarios y las prestaciones sociales sin incluir lo descontado por “desistimiento” y la incidencia salarial de las bonificaciones y premios al momento de terminarse la relación laboral, con el señor Abozaglo, razones por las cuales, la sanción moratoria del artículo 65 del CST está llamada a prosperar.

La empresa demandada, presentó los alegatos de conclusión mediante los cuales, ratificó los argumentos del recurso de apelación, considerando que, respecto a los descuentos por desistimientos, en algunas actividades, como la venta de bienes y servicios cuyo precio se paga por el cliente a cuotas o plazos, como los servicios exequiales, es viable que los clientes se retracten del negocio jurídico, lo que también faculta el Estatuto del Consumidor (Ley 1480/11, art. 47). De la misma manera, las partes tienen libertad, conforme a los arts. 132 del CST y 1602 del CC, de pactar la forma de salario.

Que, en este asunto, está probado con los documentos aportados, que los desistimientos aplicados fueron pactados en el contrato de trabajo y sus modificaciones, según el art. 1602 del CC, y conforme a los documentos aportados con la contestación de la demanda y la misma demanda. Luego, no fueron descuentos ilegales como se consideró en la sentencia impugnada, pues nunca ingresaron al patrimonio del

trabajador: fue una obligación condicional negativa, causal y suspensiva, como se explicó en la excepción 2a (fls. 7-8 de la contestación de la demanda).

Que el salario pactado entre las partes, en la modalidad de comisiones, estaba sometido a la condición de que en el contrato celebrado entre Organización La Esperanza SA y el cliente no se presentara el desistimiento, según el lit. c) de las Condiciones Generales de la Oferta para adquisición de bienes y/o servicios, como se explica en el núm. 2.4. Por consecuencia, si se daba la condición, que era negativa, casual y suspensiva, no nacía la obligación del empleador de pagar la comisión, ni correlativamente el derecho del trabajador de devengarla, y en caso de haberse pagado antes del desistimiento, podía el empleador hacer el descuento, conforme al art. 1542, inc. 2º *ibid.*, y el contrato de trabajo y sus modificaciones (cláusula primera, inc. final).

Respecto a las bonificaciones reconocidas por el empleador al trabajador, se demostró que éstas no fueron habituales, según lo previsto en el 127 del CST, luego; no son salario, conforme al art. 128 del CST. Cuando así se prueba, como en este caso, la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia considera que dichos incentivos no son bonificaciones habituales y, por consecuencia, no son factor salarial. Así, en la contestación de la demanda se citó la doctrina probable, señalada en la sentencia del 24 de febrero de 2016, expediente SL3203-2016, rad. 46.517, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo (p. 11-12 de la contestación).

Que el trabajador recibió un incentivo que fue un diplomado gerencial en la Universidad de la Sabana, como consta en las certificaciones del 4 de septiembre de 2017 expedidas por el Dr. Luis Eduardo Jaimes Caballero, Jefe de Contabilidad de la demandada. *“Tampoco los incentivos buscaron simular comisiones, pues estas fueron pagadas como factor salarial”*.

Que según las certificaciones del 4 de septiembre de 2017 expedidas por el Dr. Luis Eduardo Jaimes Caballero, Jefe de Contabilidad de la demandada, conforme a la prueba de oficio, el valor de comisiones pagadas al demandante durante la vigencia de la relación laboral fue de \$84.300.971, mientras que el de bonificaciones fue de \$18.760.605. 2.5 La bonificación de directores, durante 2016, la devengó en enero y mayo de 2015; la de incentivo de cumplimiento de grupo no la devengó en 2013, sí en 2014, pero solo en abril, mayo, junio, julio, agosto y diciembre; la de premio de director tercer trimestre solo en octubre; lo que permite concluir de manera objetiva, y no generalizada como se afirma en la demanda, *que con fundamento en la prueba documental, que no fueron habituales ni menos uniformes, porque los montos de las mismas fueron diferentes, ni tampoco fueron retribución del servicio, pues piénsese solo en la bonificación del diplomado o en la Gran Convención*. Durante 2016, la bonificación de incentivo de cumplimiento de grupo solo la devengó en enero y febrero.

Que el Plan Estratégico de Ventas consagraba otras bonificaciones, como las de disminución de desistimientos y superación de presupuestos mensuales y por número de veces de cumplimiento del rango presupuestal de ventas mensual, ninguna de las cuales fue ganada por el trabajador, como se explicó en la excepción 3a, (fol. 10-12 de la contestación). Y Que el Plan Estratégico de Ventas era un documento unilateral elaborado por el empleador, no era un acuerdo entre las partes. Así lo aceptó el demandante en el interrogatorio de parte.

Aseguró que se aplicó en indebida forma, la sentencia SL3266-2018 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral, de 9 de agosto de 2018, MP Ernesto Forero Vargas. Porque no se trata de doctrina probable, según lo previsto en la Ley 169/1896, art. 4°); y, si se aceptara como precedente, según la Corte Constitucional, en sent. T078/19, de 26 de febrero de 2019, MP Antonio José Lizarazo Ocampo (pp. 31-32), deben darse los siguientes requisitos para la aplicación de la ratio decidendi del caso precedente al nuevo caso, así: *«Puede predicarse la existencia de un precedente, en los eventos en los cuales: “(i) los hechos relevantes que definen el asunto pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan un caso del pasado. (ii) la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente. (iii) la regla jurisprudencial no ha sido cambiada en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación”»*

Que en el caso de la sentencia SL3266-2018 de la Corte Suprema de Justicia, citada como fundamento en la decisión impugnada, se trataba de simular unas comisiones como bonificaciones. Por el contrario, en el presente caso no se presenta la semejanza de hechos, pues está probado que el trabajador devengada comisiones, y que los incentivos o premios, considerado bonificaciones habituales en la sentencia recurrida, no pretendieron encubrir dichas comisiones.

Cumplido el término para presentar alegatos, la Sala procede a resolver los recursos de alzada teniendo en cuenta las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Competencia.

La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001.

Problemas Jurídicos.

1. Verificar si los descuentos en las **comisiones por desistimientos**, entre la Organización la Esperanza en calidad de empleador y el demandante Henry Abozaglo en calidad de trabajador, están en contravía del ordenamiento jurídico aplicable o, se ajustan a los pactos convenidos por las partes en el contrato de trabajo. Determinar si las **bonificaciones y/o premios** recibidos por el demandante durante la vinculación laboral constituyen factor salarial, en consecuencia, sería procedente reajustar el salario devengado y el pago consecuente de las prestaciones sociales, cotización a seguridad social.
2. Establecer si la empresa demandada está obligada a reconocer a favor del demandante, la suma correspondiente a la **indemnización por despido sin justa causa** consagrada en el art. 64 del CST modificado por el art. 28 de la Ley 789/2002 tal como lo resolvió la Juez A quo o, por el contrario, se demostró que la terminación del contrato se dio por justa causa según los argumentos expuestos por el apoderado judicial de la Organización la Esperanza.
3. Establece si procede la condena al pago de la indemnización moratoria del art. 65 del CST y la indemnización moratoria por pago defectuoso de cesantías e intereses, según lo aseguró el apoderado judicial del demandante.
4. Verificar la procedencia de la indemnización de los perjuicios morales de acuerdo con los argumentos del apoderado judicial.

Solución del Primer Problema Jurídico.

Descuentos en las comisiones.

La Juez A quo condenó a la empresa demandada al reajuste salarial sobre los **descuentos en las comisiones** cuando los clientes desistían del negocio, argumentando que, la cláusula contractual que establece tal condición, era ineficaz y vulneraba los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, porque el dinero entraba al patrimonio del actor y no podía ser descontado; así mismo, consideró que los desistimientos de los clientes debían ser asumidos por la empresa ya que constituyen riesgos de la actividad comercial que no pueden ser cargados al trabajador; en consecuencia, resolvió acceder a las peticiones del demandante y condenó a la empresa demandada a pagar la suma de \$14'118.385 desde el mes de junio de 2013 hasta el mes de marzo de 2015.

¿Bonificaciones, incentivos y premios como factor salarial?

En lo que respecta a las bonificaciones, incentivos y premios reconocidos a favor del demandante, la Juez A quo determinó que constituían factor salarial, porque fueron

habituales, periódicos y los mismos estaban relacionados con el servicio prestado por el demandante en calidad de director de ventas, además, que las bonificaciones e incentivos, superan el 50% y 75% del salario percibido.

El apoderado judicial de la empresa demandada, solicitó revocar la condena de la devolución de los descuentos por desistimientos, considerando que el salario pactado por las partes en la modalidad “comisiones” estaba sometido a la condición, esto es, si el cliente desistía de la compra del servicio, no nacía la obligación del empleador de pagar la comisión ni el derecho del trabajador de recibirla; además, que el trabajador durante la vigencia del contrato no manifestó inconformidad al respecto.

En cuanto a las bonificaciones, sostuvo que la Juez A quo omitió dar aplicación de la doctrina probable de la CSJ Sala de Casación Laboral, prevista en las sentencias SL3203-2016, SL8005-2014 y SL3202-2016, donde señala que, para que la bonificación sea considerada salario, deber ser habitual, uniforme y retribuir directamente el servicio, presupuestos que considera, no se cumplen en este asunto, porque tales reconocimientos no tuvieron origen en el contrato de trabajo, ni en el reglamento interno, ya que fueron otorgados por mera liberalidad del empleador. Así mismo, manifiesta que las comisiones nunca fueron desconocidas, que durante la vigencia de la relación laboral suman un total de \$84'300.971 mientras que las bonificaciones solo de \$18'760.605.

Por otra parte, respecto a los premios, no se otorgaron en forma habitual, por ejemplo, un diplomado en la Universidad de la Sabana, una bonificación llamada directores durante enero y mayo de 2015 (sic) y un incentivo de cumplimiento en el año 2013.

De lo expuesto, pasa la Sala a verificar las pruebas documentales y las declaraciones rendidas en audiencia, con el fin de establecer si los descuentos en las comisiones se ajustan a la normatividad laboral vigente y si las bonificaciones pactadas constituyen factor salarial, en caso positivo, será procedente reajustar el pago de las prestaciones sociales como lo determinó la Juez A quo.

En primer lugar, se hace importante resaltar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, sobre la interpretación de los acuerdos suscritos entre los sujetos de una relación de trabajo, puntualizó:

No hay que olvidar que los acuerdos y contratos suscritos entre los sujetos de la relación de trabajo, deben analizarse a la luz de elementos pragmáticos-contextuales que permitan desentrañar la intención de las partes. Por este motivo, para descifrar adecuadamente sus intenciones y propósitos es imprescindible el contexto, así como los sobreentendidos, presuposiciones e inferencias razonables que dan por sentadas las partes al emitir los actos jurídicos.

Igualmente, es importante recalcar que, son las partes que suscriben el contrato de trabajo, las llamadas en primer término a establecer su sentido y alcance, que prevalece

a la formalidad que tiene el contenido del documento, dicha interpretación acoge la regla prevista en el art. 1618 del CC en armonía con lo señalado en el art- 61 del CPT y SS., que faculta a los jueces laborales para que en las instancias aprecien libremente las pruebas

Bajo este panorama, se tiene que a folios 14-15 se aportó el contrato de trabajo, que en lo pertinente señala:

“(…) **TERCERA:** Por sus servicios **EL TRABAJADOR** recibirá periódicamente la siguiente retribución económica; un salario básico de DOS MILLONES DE PESOS (\$2’000.000) y comisiones del 1.2% sobre las ventas realizadas por el Grupo. **Parágrafo primero:** Las comisiones serán efectivas por el valor de los desistimientos del respectivo periodo. **Parágrafo segundo:** Las partes convienen que todo pago adicional al salario mensual diferente a las comisiones sobre ventas netas efectivas, no constituye salario al tenor de lo establecido en el Artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo (modificación Ley 50/90 art. 15) a) El empleador desde la fecha podrá cancelar o reconocer bonificaciones no habituales al empleado, por cumplimiento de sus objetivos o metas, sumas que se pagaran ocasionalmente o por mera liberalidad del empleador, b) Premios en efectivo o en especie que se establecen mediante concursos, ya sean mensuales, trimestrales o anuales, para garantizar determinadas metas de ventas, c) El beneficio económico establecido por referir negociaciones en Directo a Casa Funerales. **CUARTA:** En la remuneración pactada queda comprendido que el SESENTA Y CINCO POR CIENTO (65%) para remunerar el trabajo en días hábiles; y el TREINTA Y CINCO PORCIENTO (35%) para remunerar el posible trabajo en horas extras, diurnas y nocturnas o en días dominicales o festivos y, el valor de los eventuales descansos remunerados en dominicales y7 festivos a que haya lugar. **QUINTA:** En atención al cargo que desempeña el trabajador se considera de manejo y confianza sin estar sujeto a horario…”

Durante el vínculo laboral se presentaron las siguientes modificaciones:

- 1. La primera modificación se realizó el 1º de mayo de 2013, estableciendo un salario básico mensual de \$2’000.000 con presupuesto mensual de \$195’000.000 para el año 2013 en la que se determinó una tabla de comisiones por cumplimiento (fl.16), de la siguiente manera:

Entre 108 y 126 millones	1.20%
Entre 126.001 y 150 millo	1.25%
Entre 150.001 y 194 millo	1.30%
Entre 194.001 y 232 millo	1.40%
Entre 232.001 y 253 millo	1.45%
Entre 253.001 y 274 millo	1.50%
Entre 274.001 y mas	1.55%

Igualmente se dispuso: “Las comisiones serán afectadas por el valor de los desistimientos hasta la segunda cuota de cobranza. **SEGUNDA:** Las partes acuerdan

cumplimiento mínimo de un 85% sobre el presupuesto mensual. **TERCERA:** En el mes en que su cumplimiento de presupuesto de ventas este por debajo de \$108'000.000, no devengará comisión sobre ventas; por lo tanto, estas ventas no se tendrán en cuenta para ser afectadas en caso de desistimientos. **PARÁGRAFO:** Las partes acuerdan que durante los meses de mayo, junio y julio de 2013 no descontarán los desistimientos del grupo, al momento de liquidar la comisión del director.

2. La segunda modificación fue el 2 de enero de 2014, cambiando el salario básico en \$2'100.000, con presupuestos mensuales de \$244'975.000 para el año 2014 (fl.17).

Entre 124.2 y 145 millones	1.20%
Entre 145.001 y 173 millo	1.25%
Entre 173.001 y 223 millo	1.30%
Entre 223.001 y 267 millo	1.40%
Entre 267.001 y 291 millo	1.45%
Entre 291.001 y 315 millo	1.50%
Entre 315.001 y mas	1.55%

Así mismo, se modificó la clausula **TERCERA:** En el mes en que su cumplimiento de presupuesto de ventas este por debajo de \$124'200.000, no devengará comisión sobre ventas; por lo tanto, estas ventas no se tendrán en cuenta para ser afectadas en caso de desistimientos.

3. El día 2 de enero de 2015 modificó el salario básico en \$2'226.000 y el presupuesto mensual a \$350.000.000 durante el año 2015 (fl.203).

Entre 229.2 y 250 millones	1.20%
Entre 250.001 y 278 millo	1.25%
Entre 278.001 y 328 millo	1.30%
Entre 328.001 y 372 millo	1.40%
Entre 372,001 y 396 millo	1.45%
Entre 396.001 y 420 millo	1.50%
Entre 420.001 y mas	1.55%

Se modificó la cláusula **TERCERA:** En el mes en que su cumplimiento de presupuesto de ventas este por debajo de \$229'200.000, no devengará comisión sobre ventas; por

lo tanto, estas ventas no se tendrán en cuenta para ser afectadas en caso de desistimientos.

4. Por último, el 1º de abril de 2015, la empresa modificó el contrato de trabajo, nombrando al demandante, en el cargo de Gerente de Servicios de Casa Funerales con un salario de \$5'500.000 con posibilidad de recibir bonificaciones (fls. 15 y 204).

Se allegaron los desprendibles de pagos de nómina, donde consta las comisiones y las bonificaciones durante la relación laboral, comisiones que fueron pagadas desde la primera quincena del junio de 2013 hasta la segunda quincena del mes de marzo de 2015 (fls.30-79 y 249-298).

Certificación expedida por la Organización la Esperanza respecto a las bonificaciones e incentivos y premios o reconocimientos entregados al demandante desde el mes de junio de 2013 hasta el abril de 2015 (fls.80-81).

El MANUAL de PROCESOS GERENCIALES, programa de ventas para los años 2013-2015 donde se presenta el presupuesto a cumplir por equipos de ventas, sedes y total de la organización, autorizado por la Gerencia Comercial Nacional, el Gerente de la Sucursal y los Directores y se establecían el porcentaje previsto para las BONIFICACIONES; De igual forma, para la ciudad de Cúcuta, los asesores comerciales se dividen en grupos: Champions (estaba a cargo del demandante), Diamantes, Exitosos, Poderosos, Progresistas, Fantásticos, Emprendedores y Las Águilas (fls.82-99).

Se allegó la liquidación de las prestaciones sociales, prima, cesantías, intereses de las cesantías y vacaciones (fls.101-107), al igual que las cotizaciones a pensión (fls.110-111).

A folios 395-403 se aportaron las certificaciones expedidas por la demandada, sobre la relación de ventas del GRUPO CHAMPION a cargo del señor Henry Abozaglo González durante la relación laboral, la relación de los desistimientos, las comisiones pagadas, las bonificaciones e incentivos y los reconocimientos o premios. En igual sentido, el departamento de contabilidad de la empresa, detalló en forma individual lo percibido por el actor de los anteriores emolumentos en los años 2013 al 2015 (fls.459-464).

Por medio de la prueba de oficio, la empresa demandada aportó a folios 481-487 la relación de los valores reembolsados a los clientes por los desistimientos del contrato, durante la vigencia de la relación laboral con el demandante, sobre la cual, la Organización la Esperanza dejó constancia que *“...los valores que se devolvieron a los clientes, fueron trasladados o abonados a otros contratos, que en su momento tenía el cliente con la Organización, o que el área de recaudo y cartera sugería al cliente que adquiriera otro producto de menos valor y se le abonaban los dineros pagados.”*

Por último, por solicitud de oficio, la empresa aportó los valores detallados por concepto de bonificaciones, incentivos, premios, desistimientos, valores netos, presupuestos, percibidas por el demandante durante la vinculación laboral (fls.496-505).

A folio 20 se aportó la liquidación del contrato de trabajo por la suma de \$8'472.288; y a folios 26-27 se allegó una certificación bancaria de deposito judicial fechada el 21 de mayo de 2015 a favor del actor por concepto de pago de prestaciones sociales en la suma de \$2'341.227.

Aunado a lo anterior, se recibieron las siguientes 6 declaraciones a favor del demandante:

- (1) La señora **Ilse Patricia Varela Manzano** bajo la gravedad de juramento manifestó ser administradora de empresas, que trabajo en la empresa Organización la Esperanza S.A., en el área de talento humano, le correspondía ingresar al sistema toda la información que le llegara para después pasarla al área de contabilidad; también realizaba el ejercicio de hacer la nómina de los trabajadores. Que conoce al demandante desde el año 2014 quien fue despedido en el 2015; aseguró, que el actor tenía el cargo de director de ventas, que se le pagaba aparte del salario unas comisiones por ventas, y las prestaciones de Ley. Que las comisiones por ventas solo se les pagaba a los directores de ventas, asesores de ventas y a los recaudadores de la Empresa. Que las bonificaciones las pagaban mensualmente, aparte del salario; y que estas se pagaban con base en las metas cumplidas dentro del respectivo mes de trabajo.
- (2) La señora **Johana Barroso**, bajo la gravead de juramento manifestó que en el tiempo que duro el demandante en la empresa, desempeñaba el cargo de asistencia de gerencia comercial. Que las funciones de su cargo son (i) procesar los títulos de certificación a los clientes, (ii) Estipular los incentivos de los asesores comerciales, (iii) realizar comunicaciones internas del área, (iv) realizar las planillas de ventas, (v) Reportar los incumplimientos de los asesores comerciales, (vi) Realizar informes sobre los productos a ofertar en todas las sedes de la empresa, (vii) Realizar el informe de presentación del gerente comercial. Que solo puede hablar del tema de las bonificaciones, dado que solo conoce de ese tema en virtud de su cargo. Señaló que las bonificaciones las liquidaba el mismo director de ventas. Que esas liquidaciones por bonificación el director de ventas se las entregaba, para que fueran dirigidas al gerente comercial. Que, sobre los desistimientos, solo se encarga de reportarlos al gerente comercial una vez que tenía conocimiento de estos.
- (3) La señora **Ruby Cuberos** manifestó bajo la gravedad de juramento que, trabaja en la empresa en el área de recaudo. Que para la fecha de los hechos objeto del litigio, se desempeñaba como jefe de cartera y recaudo de la empresa. Que conoce al demandante desde el año 2012. Que el demandante dentro de la empresa dirigía un grupo de ventas, donde estos debían cumplir con unas metas

de ventas en específico. Que a través del sistema que maneja la empresa, llega la información sobre una venta al área de recaudo para contactar al cliente para hacer la labor de visita, de acuerdo a la información suministrada; para mantener contacto con el mismo, es decir, si hay que llamarlo por cualquier índole que se presente; pero la labor central del área de recaudo es sostener el contrato a la hora de que algún cliente quiera desistir del mismo. Que cuando un cliente solicita desistimiento del contrato se le ofrece otros tratamientos o planes de servicio que sean más asequibles al cliente, debido a que las causales de desistimiento son por temas económicos. Que la empresa en caso del cliente insista en desistir del servicio, se le ofrece otro servicio más económico, dado que en el contrato no contempla la devolución del dinero sino se le debe ofrecer otro tratamiento o plan de servicio.

(4) La señora **Isabel Cristina Rincón Rodríguez** manifestó que trabajo en la empresa demandada durante 5 años desde el año 2010 hasta el mes de abril de 2015 en calidad de representante legal, que conoció al demandante, que fue alumno de la escuela de negocios en la ciudad de Bogotá cuando ella era docente y decana, luego lo invitó a trabajar a la organización en la sede de Cúcuta; que el actor fue despedido de la empresa en mayo de 2015 según comunicación telefónica con el señor Henry; que entró como director comercial de un grupo de ventas y lideraba de 10 a 15 vendedores y ayuda a cerrar las ventas, realiza el acompañamiento a los asesores; que los asesores y directores devengan un sueldo básico, adicional a ello, tienen comisiones, bonificaciones e incentivos, y que ganan conforme a unas tablas, algunas son mensuales, trimestrales, anuales, por días especiales, algunas bonificaciones en especie, bonos, regalos, viajes etc. Que lo devengado mensualmente debe restarle los desistimientos que hacen los clientes. Que el recaudo lo hace el departamento de cartera. Señaló que los desistimientos es anular el negocio, que lo hace el área de recaudo, que afecta las comisiones de los asesores comerciales porque les descuentan de lo devengado, que dicha situación generaba malestar en los asesores, que ella lo comentaba a la Junta Directiva pero que esa era la estrategia que se aplicaba desde hace muchos años. Dice que la política de la empresa era no devolver el dinero pagado por el comprador, por lo que, se trataba de ofrecerle otro producto en caso de desistir del negocio inicial. Que las comisiones eran descontadas en su totalidad en caso de desistimientos. Que las bonificaciones se pagaban sobre lo que vendió y si se desistía del negocio se lo descontaba sobre la venta, que para esta remuneración existían categorías y la demandante estaba en la profesional que es la de más alto nivel. Que la liquidación de las comisiones pasaba por varios jefes y directores de áreas, el director comercial, el gerente comercial, el jefe de recursos humanos. Aseguro que las comisiones eran consideradas como factor salarial pero no las bonificaciones. Que en el plan de mercadeo se establecían las bonificaciones anuales y es una estrategia que lleva muchos años en la empresa, que la gerencia general solicitaba a los directores del área comercial que presentaran propuestas y finalmente la Junta Directiva lo aprobaba, reitera que el plan de mercadeo se modificaba con ayuda de los directores del área comercial, pero la responsabilidad de presentarlo a la Junta Directiva siempre es de la gerencia general, quien aprobaba lo micro y la Junta lo

macro. Aseveró que el demandante fue el mejor director comercial, ganó todos los premios, se encargaba del *grupo champions*, fue felicitado en varias oportunidades por la junta directiva, que ganaba todos los meses las bonificaciones. Aseguró que sobre las bonificaciones no pagaban seguridad social.

(5) (6) La señora Martha Liliana y el señor Jorge Chávez, manifestaron bajo la gravedad de juramento, que el demandante después del despido de la Organización la Esperanza se encontraba triste y preocupado, hablaba poco, malhumorado, que incluso se mudó con su familia a Bogotá porque en Cúcuta no habían encontrado alternativas laborales que le permitieran mantener la calidad de vida que tenía mientras el actor laboraba en la empresa Organización La Esperanza S.A.

Por otra parte, el señor **Henry Abozaglo González** manifestó bajo la gravedad de juramento que trabajó para la empresa durante 2 años desde el 2013 hasta el 2015 en el cargo de director comercial; que la remuneración fue pactada mediante el pago de un salario mas bonificaciones y comisiones por el ejercicio de las ventas ante el cumplimiento de unas metas y también se pactó, el descuento por desistimientos. Que las bonificaciones fueron establecidas por la empresa en el plan de mercadeo, inicialmente estaba a cargo de los jefes, Jorge Luis Gutiérrez e Isabel Cristina Rincón. Que en diferentes oportunidades presentó inconvenientes con el pago de esas bonificaciones y el departamento personal -recursos humanos, realizaba las correcciones pertinentes, o la secretaria de ventas, o el gerente comercial.

A la pregunta: ¿modifico usted el plan estratégico de ventas de 2015? Respondió: “...yo hice un reemplazo del gerente comercial...hay un acta donde me entregaban a mí un reemplazo de unos días de vacaciones del gerente comercial que se llamaba el doctor Jorge Luis Gutiérrez y dentro de esas actas estaba que te tenía que pasar el plan de mercadeo; porque el plan de mercadeo tenía que hacerse hábil a partir del próximo año y estábamos acabando año, bajo ese criterio nos reunimos con los directores comerciales, con la gerencia general, con todas las personas que tenían que ver en el procedimiento del plan de mercadeo y bajo las indicaciones claras de la gerencia general, el gerente comercial, el trabajo de equipo de los otros directores comerciales porque yo no era único son 6 directores comerciales adicionales...y la respuesta es si se cambió y en tres puntos específicos que fueron aprobados por la gerencia general y por todo el Comité de ventas de la compañía...”. Aseveró que las modificaciones eran propuestas ante el grupo anterior, y la gerencia general las aprobaba y, finalmente, era enviado a la Junta Directiva como órgano máximo de la organización. Que no sabe la causa de su despido, que solicito mediante derecho de petición y la respuesta fue “ambigua”, que para el momento del despido ejercía la labor de Gerente de Servicio y ya no era parte del área de ventas, y recibió una llamada para hacerse presente en el área de personal y recibió la carta de la terminación del contrato sin manifestación alguna de la causa. Respecto a los desistimientos, aseguró que la compañía nunca devolvía dinero a los clientes.

Por la parte pasiva se presentaron las siguientes declaraciones:

La señora **Carmen Patricia Quintero Parada**, bajo la gravedad de juramento manifestó, en síntesis, que: para fecha de los hechos, trabajo en la empresa Organización la Esperanza S.A., en el área de cartera como auxiliar; y tenía como función el sostenimiento de las ventas, seguimientos a los clientes, realizaba visitas a los clientes ofreciéndoles nuevos tratamientos o alternativas a la hora de presentarse desistimiento por parte de alguno cliente para lograr el sostenimiento de la venta. Que el demandante tenía responsabilidad en el sostenimiento de las ventas en virtud a su cargo de director de ventas, toda vez que siempre estaba informado sobre las eventualidades que se presentaban con los clientes en el desarrollo de la prestación del servicio que ofertaba y vendía con su grupo de trabajo. Que en algunas ocasiones se hacía la devolución del dinero al cliente en caso de agotar todas las alternativas y el cliente no las aceptaba.

La señora **Maria Berenice Arango Amaya**, bajo la gravedad de juramento manifestó, en síntesis, que: se desempeñó en el cargo de Directora Comercial; y las funciones radican en dirigir un grupo de ventas para cumplir con un plan de numero de ventas de servicios que oferta la empresa mensualmente, y se debe llevar un control en el caso de que algún cliente presente desistimiento del plan de servicios. Que el cargo que desempeñaba el demandante es el mismo de Director Comercial, por ende, tenía las mismas funciones ya precitadas y que trabajo alrededor de dos años en la empresa, desde abril del 2013 hasta mayo de 2015. Señala que, como Director Comercial de la empresa, se tiene un salario básico, se devenga unas comisiones si se cumplen con unos presupuestos de ventas, además, se tiene una tabla de incentivos si se cumplen con unas metas de venta en específico cada mes. Que, si se ya se pagaron las bonificaciones e incentivos por una venta, y esta posteriormente se anula por motivo de desistimiento, esta se tendrá en cuenta en el mes siguiente para realizar el respectivo descuento conforme a las políticas que maneja la empresa; y que dicho descuento no se hace del salario base sino de las próximas bonificaciones e incentivos que se presenten en favor del Director Comercial por cumplimiento de ventas.

La señora **Diana Sofía Chávez Gutiérrez** bajo la gravedad de juramento manifestó en resumen que: trabaja actualmente en la empresa, que fue auditora por 11 meses hasta el mes de septiembre de 2015 y actualmente es la directora general de calidad; que conoce al demandante, que la empresa maneja un sistema de gestión de ventas, que conoce sobre los descuentos por desistimientos que se estipulan en los contratos de trabajo, consistente en regresar el 75% de lo cancelado y a titulo de pena la organización se queda con un 25%, que en casos de presentarse anomalías con el cliente, la empresa se queda con el 100% de los valores abonados por el cliente. Aseguró que el gerente general presenta el plan estratégico de ventas anual y la Junta Directiva es quien lo aprueba. Aseveró que, a pesar de la existencia de la cláusula penal sobre la no devolución de dinero por causa de desistimientos, había casos excepcionales que permitían la devolución. Que tuvo conocimiento sobre unas modificaciones que realizó el demandante al plan estratégico 2015, que le consta porque en ese momento tenía el cargo de auditora y fue llamada junto la Doctora Alba, por la gerente general, la Dra Carolina Cuadros quien solicitó una revisión del plan estratégico de ventas, y designó a la doctora Alba por ser una persona con mucha más experiencia en temas financieros

y, contables; que la doctora Alba Rojas entregó un informe donde se evidencian hallazgos que demuestran que habían alteraciones en el plan estratégico de ventas que había sido aprobado por la junta directiva; sin embargo aclaró que tuvo conocimiento del informe por esa reunión pero no realizó las respectivas verificaciones al documento.

Alba Cenobia Rojas Machuca bajo la gravedad de juramento manifestó que trabaja actualmente en la empresa demandada en el cargo de auditora general y es de profesión contador público; que conoce al señor Henry Abozaglo desde el 2013 cuando ingresó a la organización la esperanza, que antes era la auditora en la Gerencia de la Dra. Isabel Cristina, quien la removió del cargo y la nombró gestora de proyectos; que con respecto a la salida del actor de la organización, cuando salió la Dra. Isabel Cristina, la gerente del cargo fue la Dra. Carolina Cuadros, quien le solicitó que realizara una auditoria con respecto al plan estratégico de ventas, en el cual, observó que el demandante había solicitado tres cambios al plan estratégico y habían más cambios sustanciales no autorizados por la gerencia en su momento; que le entregó el informe a la gerencia general y a los días se enteró que el señor Henry está en Bogotá. Que el actor inicialmente fue director comercial, fue capacitado para ser gerente comercial, que la dra Isabel Cristina lo encargó para reemplazar las vacaciones del gerente comercial cuando en la compañía nunca se hacían reemplazos, y ejerciendo ese puesto fue donde modificó el plan estratégico de ventas; posteriormente, fue cambiado a ser director de gerente de casa funerales, momento en el cual le terminaron el contrato.

Respecto a los desistimientos explicó, que por regla general los clientes pagan la primera cuota a los 35 o 45, que cuando llegó la Dra. Isabel era hasta 60 días; que el departamento de cartera hace la gestión posterior a la negociación del producto, habla con el cliente y en varias ocasiones, es quien se entera de las ventas fraudulentas, esto es, que el cliente les indica que la cuota inicial fue prestada por el asesor de ventas para ganarse la comisión y los incentivos no los afectaba el desistimiento. Que cuando el producto se ha pagado en el 50%, el asesor se ha ganado la comisión y si el cliente desiste, la comisión no se descuenta. Que cuando el cliente va en la cuota 4ª y manifiesta no seguir con el pago, se le informa al director de ventas, para que apoye, pero en algunas ocasiones las direcciones son falsas; que algunas veces se les devuelve el 100% al cliente otras no.

Aseguro, que los desistimientos es gestión del asesor y de su director, porque son los responsables de la venta, razón por la que, en el contrato laboral se especificó que las comisiones serían afectadas hasta la cuota 1, 2 o 3. Que las modificaciones que la dra Isabel Cristina aprobó del plan estratégico de ventas realizadas por el demandante fueron 3, sin embargo, cuando la Dra. Carolina Cuadros llegó, solicitó la auditoria y el resultado, fue que habían modificaciones sustanciales que la anterior gerencia no había autorizado, es decir, no solo eran 3 sino más, que tenía relación directa con el descuento por desistimientos, los premios como la gran convención, incrementar los asesores, aumentar 12 meses las bonificaciones de una categoría y que los referidos de los directos de casa funerales se sumarán para los presupuestos, comisiones y bonificaciones y el gerente de ventas, también no podía ser suspendido se debía cumplir con un mínimo de cuotas iniciales que era el 9%, él también le cambió el porcentaje;

aseguró que el actor no tenía la facultad de alterar el plan estratégico, y por esa justa causa fue la terminación del contrato. Que el plan estratégico modificado por el demandante nunca rigió. Que la señora Ruby Cuberos es jefe de cartera desde hace 15 años en la empresa, y la señora Ilse Varela es jefe de recursos humanos. Que las comisiones se encuentran estipuladas en el contrato de trabajo y el porcentaje por descuentos de desistimientos, mientras que las bonificaciones están en el plan estratégico de ventas.

Que las bonificaciones recibidas nunca fueron afectadas por las reliquidaciones ante los desistimientos, solo las comisiones, porque las bonificaciones era un premio, un incentivo, que pueden ser mensuales, en el cual, los directores comerciales y asesores reciben la bonificación total, si es trimestral, se revisa en los 3 meses si alcanzó la meta junto con los desistimientos, si fue inferior a lo que se programó como incentivo, no se le paga la bonificación y así mismo sucede con las semestrales y anuales. Que las bonificaciones son metas que establece la empresa, según el porcentaje de ventas, si el grupo a cargo del director lo supera gana la bonificación, es un incentivo que la empresa otorga por mera liberalidad y no constituye salario.

Análisis Integral de las Pruebas.

Descuento de las comisiones por desistimientos.

A juicio de la Sala, del análisis integral de las pruebas y sobre los descuentos de las comisiones por desistimientos objeto de apelación se concluye que:

(1) El demandante fue contratado en el cargo de director de ventas, a cargo del grupo CHAMPIONS, labor que ejerció desde el 25 de abril de 2013 hasta el mes de marzo de 2015, porque en el mes de abril y los 11 días de mayo de 2015 fue ascendido a como Gerente de Servicios de Casa Funerales.

(2) La retribución económica pactada por las partes, fue de un salario básico más un porcentaje de COMISIÓN por venta, suma que fue proporcional y modificado durante el periodo de la vinculación laboral, además, que en el contrato de trabajo y sus respectivas modificaciones se estipuló *“las comisiones serán afectadas por el valor de los desistimientos del respectivo periodo”*.

(3) De la misma manera, las partes acordaron que la liquidación de las comisiones sería, de la siguiente forma: anualmente el presupuesto para las ventas exigidos por la empresa a los vendedores, incrementaba según las políticas internas de la organización, circunstancia que repercutían en el porcentaje de la comisión que oscila entre el 1.20% y el 1.55% según el cumplimiento de la venta total, con salvedades pactadas y autorizadas por las partes, esto es:

- 1. Que las comisiones serían afectadas por el valor de los desistimientos hasta la segunda cuota de cobranza.
- 2. Que las partes acuerdan un cumplimiento mínimo del 85% del presupuesto mensual.
- 3. Que, si las ventas eran inferiores al mínimo establecido, el trabajador no ganaría comisión sobre las ventas, por lo tanto, no podría ser afectado por los desistimientos.

Conforme con lo expuesto y al realizar las comparaciones respectivas de las pruebas documentales y las declaraciones, se tiene que, las partes pactaron un salario básico de remuneración más comisiones, el porcentaje de las comisiones estaba sujeta a la venta total mensual que como se explicó en renglones anteriores, fue modificado en junio hasta diciembre de 2013, para los años 2014 y 2015

DESDE JUNIO HASTA DICIEMBRE 2013	
Entre 108 y 126 millones	1.20%
Entre 126.001 y 150 millo	1.25%
Entre 150.001 y 194 millo	1.30%
Entre 194.001 y 232 millo	1.40%
Entre 232.001 y 253 millo	1.45%
Entre 253.001 y 274 millo	1.50%
Entre 274.001 y mas	1.55%
2014	
Entre 124.2 y 145 millones	1.20%
Entre 145.001 y 173 millo	1.25%
Entre 173.001 y 223 millo	1.30%
Entre 223.001 y 267 millo	1.40%
Entre 267.001 y 291 millo	1.45%
Entre 291.001 y 315 millo	1.50%
Entre 315.001 y mas	1.55%
AÑO 2015	
Entre 229.2 y 250 millones	1.20%
Entre 250.001 y 278 millo	1.25%
Entre 278.001 y 328 millo	1.30%

Entre 328.001 y 372 millo	1.40%
Entre 372,001 y 396 millo	1.45%
Entre 396.001 y 420 millo	1.50%
Entre 420.001 y mas	1.55%

Así mismo, de las declaraciones se extrae que la mayoría de negocios se realizan a crédito y al comparar lo declarado con los soportes allegados, los plazos de ventas generalmente son a 36 meses, lo que permitía condicionar la COMISIÓN, ya que el valor total de la venta no ha sido recibida por la empresa, entonces, cuando se realiza el negocio inicial y el comprador entrega la cuota inicial, el 50% de esa cuota, lo recibe el vendedor como **ANTICIPO** y el 50% restante se pagará mensualmente conforme el cliente pague las cuotas y la condición establecida, se ejecutaba cuando el comprador desistía del negocio por diferentes motivos o se retrasaba en más de 4 cuotas y para el momento de dicho acontecimiento, el trabajador no había recibido el total de la COMISIÓN, luego entonces, el acuerdo establece que la comisión pagada como anticipo debía ser RELIQUIDADA, tal como se verificó en los soportes aportados.

En las tablas aportadas por la empresa demandada, vistas a folios 395-403 y 461-164 nombradas: certificación de VENTAS y DESISTIMIENTOS del grupo de vendedores CHAMPIONS a cargo del señor Henry Abozaglo y lo pagado en nómina durante la relación laboral, se tiene que, (i) para los meses de abril a julio no hubo desistimientos por lo tal, tampoco descuentos, (ii) que desde el mes de agosto a diciembre de 2013, el valor total pagado según los desprendibles de nómina por comisión fue de \$15'960.388.00 y al calcular el porcentaje de las ventas sin desistimientos arrojaría un total de \$15'520.401, esto es, la empresa no descontó de la comisión los desistimientos en ese año 2013, además, (iii) el resultado anterior arrojaría una comisión promedio de \$3'104.080 mensual por cinco meses, mas un salario de \$2'000.000, lo que permite inferir que no se vulnero el mínimo pactado de remuneración.

Para el año 2014 a pesar de existir descuentos por desistimientos por más de diez millones de pesos anual, dicha suma representa un promedio de \$935.348 mensual, que comparado con la suma total de comisiones recibidas según los datos suministrados en los desprendibles en nómina, se contabiliza en \$46'008.286, para un promedio de \$3'834.023, mas el salario básico devengado para el 2014 de \$2'100.000, para un total de \$5'934.023, que en el mismo sentido, la cláusula contractual pactada y aceptada por el trabajado, no vulnera el mínimo de la remuneración.

En igual sentido sucedió para los 3 meses del año 2015, donde la comisión pagada por nómina con los descuentos pactados en el contrato fue el \$13'780.498 y al calcularlo sin descuento sería de \$15'010.116, un promedio de \$409.872 mensual, y al compararlo

con el salario de \$2'226.000 más comisión de \$4'593.499, el pacto contractual tampoco vulneraría el mínimo de la remuneración.

MES	VENTA	DESISTIMIENTOS	porcentaje comisión	real %	nomina
may-13	\$246.317.300	\$27.752.800			
jun-13	\$215.099.340	\$16.759.900			
jul-13	\$225.203.200	\$39.150.400			
ago-13	\$208.366.860	\$37.854.000	1.40%	\$ 2,917,136.00	\$ 3,246,218.00
sep-13	\$216.956.920	\$32.156.800	1.40%	\$ 3,037,396.00	\$ 2,783,056.00
oct-13	\$258.195.660	\$38.117.730	1.50%	\$ 3,872,934.00	\$ 2,961,558.00
nov-13	\$204.812.784	\$14.500.000	1.40%	\$ 2,867,378.00	\$ 4,120,836.00
dic-13	\$201.825.524	\$28.162.000	1.30%	\$ 2,825,557.00	\$ 2,848,720.00
				\$ 15,520,401.00	\$ 15,960,388.00
ene-14	\$235.614.724	\$33.176.000	1.40%	\$ 3,298,606.00	\$ 2,735,558.00
feb-14	\$127.737.548	\$38.109.400	1.20%	\$ 1,532,850.00	\$ 3,106,356.00
mar-14	\$295.686.374	\$54.660.000	1.50%	\$ 4,435,295.00	\$ 1,221,318.00
abr-14	\$397.194.700	\$26.182.000	1.55%	\$ 6,156,517.00	\$ 4,061,306.00
may-14	\$390.725.124	\$27.625.000	1.55%	\$ 6,056,239.00	\$ 5,975,018.00
jun-14	\$307.866.224	\$33.990.600	1.50%	\$ 4,617,993.00	\$ 5,807,690.00
jul-14	\$286.384.324	\$45.661.968	1.45%	\$ 4,152,572.00	\$ 4,394,788.00
ago-14	\$303.254.924	\$32.065.000	1.50%	\$ 4,548,823.00	\$ 2,363,862.00
sep-14	\$288.580.424	\$71.471.316	1.45%	\$ 4,184,416.00	\$ 4,393,904.00
oct-14	\$373.209.624	\$71.130.480	1.55%	\$ 5,784,749.00	\$ 3,646,876.00
nov-14	\$464.922.800	\$43.882.000	1.55%	\$ 7,206,303.00	\$ 1,774,250.00
dic-14	\$339.232.300	\$66.181.000	1.55%	\$ 5,258,100.00	\$ 6,527,360.00
				\$ 57,232,463.00	\$ 46,008,286.00
ene-15	\$379.316.300	\$72.604.000	1.45%	\$ 5,500,086.00	\$ 4,774,830.00
feb-15	\$316.086.680	\$51.781.000	1.30%	\$ 4,109,126.00	\$ 5,248,302.00
mar-15	\$372.476.150	\$76.454.000	1.45%	\$ 5,400,904.00	\$ 3,757,366.00
				\$ 15,010,116.00	\$ 13,780,498.00

De conformidad con lo expuesto, la comisión condicionada al pago total de la venta pactada y el descuento respectivo ante los posibles desistimientos de los compradores suscrito entre las partes en el contrato de trabajo y sus modificaciones, es legal y la empresa se encuentra en una condición legítima para realizar el descuento respectivo o la reliquidación del anticipo, ya que el negocio jurídico de la venta del producto no culminó, con la renuencia expresa del trabajador, en consideración a lo señalado en el art. 149 del CST ya que el descuesto tal como se analizó en renglones anteriores, no afectó el salario mínimo legal.

Aunado a lo anterior, se extrae para el caso analizado, que si bien es cierto los presupuestos mensuales de ventas fueron en incremento de un año al siguiente, siempre permaneció el acuerdo del pago de las comisiones por ventas hasta de un 85%, es decir, el 15% restante era beneficioso para el trabajador, en los venta donde la meta pactada no se cumpliera.

De otro lado, el objeto del contrato suscrito entre las partes, es incrementar las ventas, el demandante en calidad de trabajador y director de ventas a cargo de 10-15 asesores de ventas, tenía la función de realizar el debido seguimiento de la venta, a través de la capacitación y vigilancia de los asesores, y la causación de la comisión, solo se hacía efectiva cuando el hecho generador de la remuneración cumplía su objetivo, esto es, cuando el negocio jurídico se cumplía con el pago total de la venta; luego entonces, los descuentos de los mencionados de la comisión, que pactaron las partes, se ajusta con lo establecido en la normatividad vigente y el reglamento interno de trabajo, por lo que, la decisión proferida por el Juez A quo referente a la condena al pago respectivo, deberá ser **REVOCADA**, en los ORDINALES PRIMERO Y TERCERO de la sentencia y en su lugar, absolver a la empresa demandada de la devolución de los descuentos, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Naturaleza salarial de las bonificaciones e Incentivos.

Descendiendo al análisis del aludido problema jurídico, debe advertir la Sala que tal situación en la legislación laboral está relacionada con la llamada desalarización, la cual fue objeto de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral **en sentencia SL 17998 de 2018**, en la cual precisó que, por regla general los pagos realizados al trabajador por su actividad subordinada corresponden a pagos salariales, a menos que correspondan a: (1) prestaciones sociales, (2) las sumas pagadas al trabajador para desempeñar a cabalidad sus funciones, (3) sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador, (4) pagos que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo, tales como subsidio familiar, indemnizaciones, viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación, (5) beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario, tales como alimentación o vestuario, las primas extralegales de vacaciones, los de servicios o de navidad, presupuestos establecidos en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo (CST).

Para que sea válido el pacto encaminado a determinar que ciertos beneficios o auxilios extralegales o contractuales no tendrán incidencia salarial, explicó la Corte, debe ser expreso, claro, preciso y deben detallarse los rubros cobijados en él, no siendo posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas. Indicó igualmente que la duda en torno a la naturaleza de los pagos realizados, debe resolverse a favor del trabajador, esto es, que para todos los efectos el pago tendrá naturaleza salarial. Finalmente, el órgano de cierre puntualizó que la facultad consagrada en el artículo 128 del CST, no permite despojar de su naturaleza salarial, un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, reiterando que “la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo”.

Así lo advierte el alto Tribunal al descender como juez de instancia en la aludida providencia:

En sede de instancia, es necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012). Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es.

En el sub examine, la Sala advierte que en el transcurso de su relación laboral, el demandante devengó las denominadas «bonificaciones» en los siguientes periodos: febrero a diciembre de 2006; febrero a diciembre de 2007; enero, febrero, abril, mayo, junio, septiembre y diciembre de 2008, y enero a septiembre de 2009. De lo anterior se observa fácilmente que, tal como lo determinó el a quo, los pagos recibidos por el demandante eran habituales, periódicos y permanentes, pues fueron percibidos casi en todos los meses de los años 2006 a 2009.

Adicionalmente, la Corte advierte que las denominadas bonificaciones en realidad eran comisiones; es decir, pagos correlacionados con el cumplimiento de determinadas metas a cargo de los analistas de crédito de la Fundación Mundo Mujer. En otros términos, son remuneraciones ligadas al desempeño o la actividad del trabajador, que, por tanto, son claramente retributivos.

Caso concreto

De las pruebas documentales aportadas al expediente, se tiene que las bonificaciones fueron diseñadas por la Gerencia Comercial Nacional, el Gerente de la Sucursal y los Directores comerciales (fls.82-90 y 300-343) y de las declaraciones rendidas, concuerdan que la misma es aprobada en última instancia por la Junta Directiva de la empresa; así mismo, que el demandante en el cargo de Director de Ventas del grupo champions conformado por 15 asesores de ventas, manejaban ciertos presupuestos de ventas mensuales y un límite en suma de dinero que si lo superaban, tenían derecho a devengar la bonificación; igualmente, las Bonificaciones establecidas fueron: Los incentivos ascenso categoría, Un incentivo Cupón la Esperanza, Una Bonificación por Cumplimiento, Una Bonificación de Repechaje y Un incentivo trimestral, semestral y anual entre otras, según la siguiente tabla, durante la relación laboral, el actor recibió:

AÑO	MES	BONIFICACION	VALOR	PREMIOS
2013	JUNIO	Incentivo superación presupuesto mayo Incentivo por cumplimiento factor éxito	\$ 248,639.00	
2013	JULIO	Incentivo superación presupuesto junio Incentivo por cumplimiento factor éxito incentivo 2o trimestre incentivo 1er semestre	\$ 532,367.00	

2013	AGOSTO	Incentivo superación presupuesto julio Incentivo por cumplimiento factor éxito	\$ 238,737.00	
2013	SEPTIEMBRE	Incentivo superación presupuesto agosto Incentivo por cumplimiento factor éxito	\$ 195,275.00	
2013	OCTUBRE	Incentivo superación presupuesto septiembre Incentivo por cumplimiento factor éxito incentivo por cumplimiento trimestral	\$ 570,294.00	
2013	NOVIEMBRE	Incentivo superación presupuesto octubre Incentivo por cumplimiento factor éxito incentivo por cumplimiento de meses al año incentivo por superación presupuesto grupo	\$ 650,638.00	
2013	DICIEMBRE	Incentivo superación presupuesto noviembre incentivo por cumplimiento de meses al año	\$ 361,609.00	
			\$ 2,797,559.00	
2014	ENERO	Incentivo superación presupuesto diciembre 2013 Incentivo por cumplimiento de mes al año incentivo 4o trimestre 2013 incentivo 2er semestral 2013 Incentivo anual 2013	\$ 1,177,451.00	
2014	FEBRERO	Incentivo de directores juego de dados	\$ 676,800.00	Convención de Ventas \$3'194.112
2014	ABRIL	Incentivo superación presupuesto marzo Incentivo por cumplimiento de negocios incentivo por cumplimiento de contactos incentivos por cumplimiento de trimestre	\$ 455,376.00	
2014	ABRIL	Incentivo multiplicación ventas de grupo julio/agosto 2013	\$ 88,724.00	
2014	MAYO	Incentivo superación presupuesto abril Incentivo por cumplimiento de negocios incentivo por cumplimiento de asesores	\$ 393,642.00	
2014	MAYO	Incentivo cumplimiento de grupo	\$ 13,226.00	
2014	JUNIO	Incentivo superación presupuesto mayo Incentivo por cumplimiento de negocios incentivo por cumplimiento de grupos incentivos por cumplimiento de asesores	\$ 517,209.00	
2014	JUNIO	Incentivo cumplimiento grupo mayo	\$ 10,875.00	
2014	JULIO	Incentivo superación presupuesto junio Incentivo por cumplimiento negocios incentivo por cumplimiento de asesores incentivo por cumplimiento 2o semestre 2014 incentivo por cumplimiento 1o semestre 2014 Incentivo disminución desistimientos 1 semestre 2014	\$ 1,230,379.00	
2014	JULIO	Incentivo cumplimiento junio	\$ 7,058.00	
2014	AGOSTO	Incentivo superación presupuesto julio Incentivo por cumplimiento negocios incentivo por cumplimiento de asesores incentivo por cumplimiento 2mes al año 2014	\$ 369,604.00	
2014	AGOSTO	Incentivo de directores semestre viaje a margarita	\$ 1,013,740.00	
2014	AGOSTO	Incentivo cumplimiento mes de julio	\$ 7,058.00	
2014	SEPTIEMBRE	Incentivo superación presupuesto agosto Incentivo por cumplimiento negocios incentivo por cumplimiento de asesores incentivo por cumplimiento mes del año incentivo cumplimiento de cuotas iniciales grupo	\$ 575,733.00	
2014	OCTUBRE	Incentivo superación presupuesto septiembre Incentivo por cumplimiento negocios incentivo por cumplimiento de asesores incentivo por cumplimiento mes del año incentivo cumplimiento de cuotas iniciales grupo	\$ 520,119.00	
2014	OCTUBRE	Incentivo por cumplimiento 3er trimestre 2014	\$ 222,100.00	
2014	NOVIEMBRE	Incentivo superación presupuesto octubre Incentivo por cumplimiento negocios Incentivo por cumplimiento en contactos incentivo por cumplimiento de asesores incentivo por cumplimiento mes del año	\$ 570,744.00	
2014	DICIEMBRE	Incentivo superación presupuesto noviembre Incentivo por cumplimiento negocios Incentivo por cumplimiento en contactos incentivo por cumplimiento de asesores incentivo por cumplimiento mes del año	\$ 660,623.00	
2014	DICIEMBRE	incentivo cumplimiento grupo OCT	\$ 11,375.00	
2014	DICIEMBRE	incentivo cumplimiento grupo agosto	\$ 9,888.00	
2014	DICIEMBRE	incentivo cumplimiento grupo novi	\$ 12,250.00	Incentivo Gestión 2014 \$2'100.000

			\$ 8,543,974.00	
2015	ENERO	Incentivo de directores de los mejores	\$ 3,933,979.00	
2015	ENERO	incentivo cumplimiento grupo DICIEMBRE 2014	\$ 10,500.00	
2015	ENERO	Incentivo superación presupuesto diciembre 2014 Incentivo por cumplimiento negocios Incentivo por cumplimiento en contactos incentivo por cumplimiento de asesores Incentivo por cumplimiento mes al año Incentivo por cumplimiento trimestre Incentivo por cumplimiento 2do semestre 2014 Incentivo por cumplimiento anual 2014 incentivo por cumplimiento mes del año	\$ 2,434,398.00	
2015	FEBRERO	Incentivo superación presupuesto enero 2015 Incentivo por cumplimiento negocios Incentivo por cumplimiento en contactos incentivo por cumplimiento de asesores	\$ 519,315.00	Incentivo reemplazo gerente comercial \$5'903.327
2015	FEBRERO	Incentivo cumplimiento de grupo	\$ 8,676.00	
2015	MARZO			Incentivo Convención Ventas \$5'479.758
2015	ABRIL			Diplomado Coaching Universidad La Sabana \$2'500.000
2015	JUNIO	Incentivo superación presupuesto marzo 2015 Incentivo por cumplimiento negocios Incentivo por cumplimiento en contactos incentivo por cumplimiento de asesores	\$ 512,474.00	
		Incentivo Trimestre 2015	\$ 7,419,342.00	

De esta manera se observa que, el demandante recibió lo correspondiente a la bonificación e incentivos mensuales durante todo el periodo laborado, llamados, incentivos presupuesto mes anterior, incentivos 1er, 2º, 3º y 4º semestre, cumplimiento de meses del año, presupuesto grupo, de negocios, de contactos, de asesores, la bonificación por disminución de desistimientos, la bonificación por cumplimiento de meses cumplidos, entre otros, todos ellos como resultado de la actividad desarrollada en el cargo de director de ventas, consistente en, consolidar el grupo de asesores para que logran el cumplimiento del presupuesto asignado, que en este caso como se observa en la tabla anterior, fue superado mes a mes durante el desarrollo de la vinculación laboral, y que se especifican y caracterizan en los siguientes términos:

- 1) El incentivo mensual: está diseñado teniendo en cuenta las cinco categorías existentes de asesores de ventas. Esta bonificación se integra de dos (2) partes fundamentales:

Bonificación por CUMPLIMIENTO. Tiene derecho a esta bonificación todos los asesores que al día 20 del mes tengan una producción igual o superior al 100%.

Bonificación por REPECHAJE. Quienes logren la bonificación por cumplimiento tendrá la alternativa de ganar la bonificación por repechaje, cumpliendo con el presupuesto adicional a la fecha del cierre.

- 2) El Incentivo trimestral, semestral y anual según lo visto a folio 314 reverso en el sentido de: *“En cada periodo definido se evaluará la producción de negocios de los asesores de venta de la compañía, partiendo de la superación de los cumplimientos acorde a cada una de sus categorías, teniendo en cuenta las*

ventas netas, es decir, menos desistimientos a sesenta (60) días posterior a la fecha del cierre de cada evento.”

Bajo estas consideraciones, es necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, **cuya causa directa es el servicio prestado**, pues como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia 39475 del 13 junio de 2012, *“la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo”*.

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, establece como salario: *“todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte”*, sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. (sentencia Rad. 63998 SL1798-16 de mayo 2018 MP Dra. Clara Cecilia Dueñas).

Conforme a lo expuesto y teniendo en cuenta las pruebas obrantes al plenario, se observa fácilmente que, **los pagos recibidos por el concepto de BONIFICACIONES e INCENTIVOS** fueron percibidos por el demandante de manera habitual y periódica, unas de forma mensual, otras trimestral, semestral y/o anuales y en forma constante, permanente durante el contrato de trabajo, contrario a lo alegado por el apoderado judicial de la pasiva, quien aseguró en forma equivocada, que no se cumplían los presupuestos de periodicidad, por lo que, el hecho de que se pretenda modificar los nombres de los incentivos en cada plan de mercadeo, no significa que sea de mera liberalidad del empleador ni que el mismo sea mes a mes, pues como se explica en el documento MANUAL DE PROCESOS GERENCIALES, estas bonificaciones están destinadas en forma exclusiva al área de ventas, con el fin de cumplir con el presupuesto establecido por la misma empresa.

Es así que, las denominadas **bonificaciones** en realidad eran **comisiones**; es decir, pagos correlacionados con el cumplimiento de determinadas metas a cargo de los asesores y de sus directores de ventas de la Organización la Esperanza. En otros términos, son remuneraciones ligadas al desempeño o la actividad del trabajador, que, por tanto, son claramente retributivos.

Así se acreditó con las declaraciones rendidas en audiencia, que a pesar de la insistencia en que las bonificaciones no constituían salario, dicha suma corresponde al cumplimiento de metas propuestas en las estrategias comerciales anuales que autoriza la empresa, es decir, éstas no tienen la calidad de “premios” o “incentivos”, sino que eran sustancialmente comisiones programadas para compensar el cumplimiento de las metas mínimas del presupuesto de ventas.

Ahora bien, respecto a los llamados llamada “INCENTIVO CONVENCION DE VENTAS” que en el plan estratégico se visualiza a folio 316 reverso como META PARA GRAN CONVENCION DIRECTORES, tiene como objetivo principal, “*premiar al director de ventas que logre, cumpla y supere sus presupuestos teniendo en cuenta las tablas de incentivos que se muestran en los cuadros...*”y el INCENTIVO POR GESTION, que, de acuerdo con su objeto y la periodicidad del mismo, se entregan premiando al director de ventas que logre alcanzar las metas presupuestales.

En este sentido, se hace imperioso traer a colación lo señalado en la sentencia de la CSJ Sala de Casación Laboral de rad. 33790 del 2010 que dispuso:

“Usualmente, cuando se pacta un salario por comisión por ventas, el resultado del mismo está supeditado a la actividad que en tal sentido realiza el trabajador. En otras palabras, la causación depende, en principio, de las ventas que haga el trabajador directamente, de manera que, si éste no las efectúa, no habrá lugar al pago de las comisiones que se hayan pactado.

(...)

El cambio en la denominación del pago no varía la naturaleza retributiva, de suerte que, como lo ha considerado la Corte en procesos análogos al presente, seguidos contra la misma sociedad aquí demandada, simplemente hubo una alteración del nombre pero no de las condiciones de trabajo ni de la forma de retribución de los servicios, pues es claro que los aludidos premios estaban atados directa y proporcionalmente al trabajo que desplegara el trabajador, toda vez que dependían de unas metas de ventas de un grupo específico de trabajo, circunstancia esta última que no desvirtúa el carácter salarial del pago, conforme se explicó en la sentencia arriba reseñada, porque el hecho de que el pago responda a una gestión de grupo y no individual no impide considerar que, en últimas, en realidad se retribuya el trabajo particular de cada uno de los miembros que forman el grupo”.

En este orden de ideas, esta clase de incentivos hacen parte de la gestión para la cual fue contratado el demandante, por lo que, constituye factor salarial, excluyéndose de esta, el Diplomado en la Universidad de la Sabana y el Incentivo de reemplazo gerente comercial, ya que estos son exclusivos de la formación personal y profesional del trabajador y no dependen de forma directa de la actividad ejercida.

Luego entonces, en lo que respecta a las bonificaciones llamadas también incentivos, devengadas por el demandante como compensación directa sus actividades, entregada en proporción a su cantidad de trabajo, se concluye que es **factor salarial**, razón por la cual, deberán reajustarse la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones siempre y cuando no se encuentren afectadas del fenómeno prescriptivo de la acción

judicial; y se condenará a la demandada al pago de las sanciones moratorias del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, en consideración a que la empresa demandada intentó disfrazar el carácter retributivo de las comisiones devengadas por el demandante denominada “bonificaciones y/o incentivos” solo las que corresponden al desarrollo de su actividad como director de ventas y que fueron percibidas en forma habitual, periódica y es retribución directa de su oficio, mediante conductas de mala fe al usar nombres para ocultar la realidad de los hechos.

Ahora, si bien en este asunto, las partes pactaron que “...**TERCERA...Parágrafo segundo:** las partes convienen que todo pago adicional al salario mensual, diferente a comisiones sobre ventas netas efectivas, no constituye salario al terno de lo establecido en el Artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, (modificación Ley 50/90 ART. 15)., a) El empleador desde la fecha podrá cancelar o reconocer bonificaciones no habituales al empleado, por cumplimiento de sus objetivos o metas, suma que se pagarán ocasionalmente o por mera liberalidad del empleador, b) Premios en efectivo o en especie que se establecen mediante concursos, ya sean mensuales, trimestrales o anuales, para garantizar determinadas metas de ventas. , c) El beneficio económico establecido por referir negociaciones en Directo a Casa de Funerales., tal convenio carece de plena validez, en la medida en que, como se indicó, las partes no podrán modificar en virtud del art 128. Del C.S.T., conceptos cuya naturaleza es salarial, y, en efecto, lo percibido por la actora a título de “BONIFICACIÓN O INCENTIVOS”, tenía causa directa en los servicios que le prestaba a la compañía, como lo prevé el art. 128 del C.S.T. Nótese como en el parágrafo transcrito del contrato de trabajo, se estipuló que tales bonificaciones tenían relación con el cumplimiento de metas. Incluso, en el PLAN ESTRATEGICO DE VENTAS analizado en precedencia.

Bajo los anteriores argumentos, no es posible darle validez y por ende eficacia al pacto de desalarización contenido en el contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 43 del C. S. del T., en la medida en que, se desnaturalizó la incidencia salarial, de pagos que en esencia retribuyeron el servicio prestado por el actor, y, tales pagos lejos de ser esporádicos, fueron efectuados de forma regular como lo denotan las tablas aportadas al expediente que gozan de plena validez a lo estar tachados de falsedad.

Teniendo en cuenta lo anterior, la relación contractual se dio desde el 25 de abril de 2013 hasta el 11 de mayo de 2015, primero mediante contrato a término indefinido, devengando en la realidad el siguiente salario:

FECHA DE INICIO DEL CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO: 25 ABRIL 2013 (246 días en el 2013)			
MES	SALARIO	COMISION PERCIBIDA SEGÚN NOMINA	BONIFICACION E INCENTIVOS
6 días abril	\$400.000		
may-13	\$2'000.000		
jun-13	\$2'000.000		\$ 248,639.00
jul-13	\$2'000.000		\$ 532,367.00

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-003-2015-00503-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18654
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: HENRY ABOZAGLO GONZALEZ Y ANDREA SALAS CASTRO
ACCIONADO: ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A.
TEMA: DESPIDO SIN JUSTA CAUSA
ASUNTO: APELACIÓN

ago-13	\$2'000.000	\$ 3,246,218.00	\$ 238,737.00
sep-13	\$2'000.000	\$ 2,783,056.00	\$ 195,275.00
oct-13	\$2'000.000	\$ 2,961,558.00	\$ 570,294.00
nov-13	\$2'000.000	\$ 4,120,836.00	\$ 650,638.00
dic-13	\$2'000.000	\$ 2,848,720.00	\$ 361,609.00
TOTAL 2013	\$16'400.000	\$ 15,960,388.00	\$ 2,797,559.00
PROMEDIO 2013: \$4'287.554			

FECHA DE INICIO DEL CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO: 25 ABRIL 2013 (360 días en el 2014)			
MES	SALARIO	COMISION PERCIBIDA SEGÚN NOMINA	BONIFICACION E INCENTIVOS
ene-14	\$2'100.000	\$ 2,735,558.00	\$ 1,177,451.00
feb-14	\$2'100.000	\$ 3,106,356.00	\$3'870.912
mar-14	\$2'100.000	\$ 1,221,318.00	
abr-14	\$2'100.000	\$ 4,061,306.00	\$544.460
may-14	\$2'100.000	\$ 5,975,018.00	\$406.868
jun-14	\$2'100.000	\$ 5,807,690.00	\$528.084
jul-14	\$2'100.000	\$ 4,384,786.00	\$1'237.437
ago-14	\$2'100.000	\$ 2,363,862.00	\$1'390.402
sep-14	\$2'100.000	\$ 4,393,904.00	\$ 575,733.00
oct-14	\$2'100.000	\$ 3,646,876.00	\$742.219
nov-14	\$2'100.000	\$ 1,774,250.00	\$ 570,744.00
dic-14	\$2'100.000	\$ 6,992,284.00	\$694.136 + \$2'100.000
TOTAL 2014	\$25'200.000	\$46,463.208.00	\$10'643.974
PROMEDIO DEVENGADO 2014 \$6'858.932			

FECHA DE INICIO DEL CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO: 25 ABRIL 2013 HASTA EL 11 MAYO 2015 (131 DIAS)			
MES	SALARIO	COMISION PERCIBIDA SEGÚN NOMINA	BONIFICACION E INCENTIVOS
ene-15	\$2'226.000	\$ 4,774,830.00	\$ 2,434,398.00
feb-15	\$2'226.000	\$ 5,248,302.00	\$ 9'195.315
mar-15	\$2'226.000	\$ 3,757,366.00	\$5'479.758
Abril-mayo y pago en Junio 15	\$5'500.000		\$512.474
TOTALES 2015	\$12'178.000	\$ 13,780,498.00	\$17.621.946
PROMEDIO MENSUAL 2015 \$9'980.254			

AÑO	Comisión recibida promedio mensual	Bonificación Individual Promedio mensual	Salario con el Reajuste Salarial Salario real	Prima con el reajuste	Vacaciones con el reajuste	Intereses Cesantías con el reajuste	Cesantías con el reajuste	Cesantías pagadas	Intereses Cesantía pagados	Prima pagada	Vacaciones pagadas
/13 246 días	\$ 1.946.388	\$341.165	<u>\$4'287.554</u>	\$2'929.828	2013-2014 \$2'550.911	\$240.245	\$2'929.828	\$3'298.910	\$266.276	\$3'010.212	\$3'687.706
/14	\$3'871.934	\$886.998	<u>\$6'858.932</u>	\$6'858.932		\$832.072	\$6'858.932	\$6'312.109	\$757.340	\$5'976.345	25 abril 2013-25 abril 2014

360 días											
/151 31 días 2013	\$3'155.839	\$4'035.560	<u>\$9'980.254</u>	\$3'631.703	2013-2014 \$ 4'990.127	\$158.584	\$3'631.703	\$2'557.903	\$111.695	\$2'497.051	\$3'593.085 (377 días) 26 abril 2014-11 mayo 2015

Conforme al cuadro anterior, la empresa demandada deberá pagar las siguientes sumas:

- 1. Cesantías del 2014 \$546.823, 2015: \$1'073.800 (total: \$1'620.623)
- 2. Intereses de las cesantías: 2014: \$74.732, 2015: \$46.889 (total \$121.621)
- 3. Prima de Servicios: 2014: \$882.587 y 2015: \$1'134.652 (total \$2'017.239)
- 4. Vacaciones: 2014-2015 \$1'397.042.

Para un total de \$5'156.525

Con relación al año 2013, debe advertir la Sala, conforme a las pruebas anteriormente relacionadas que la empresa demandada pagó en su totalidad las prestaciones sociales, a las que tenía derecho el trabajador.

Solución del Segundo Problema Jurídico.

Terminación del contrato de trabajo-Indemnización Art. 64 CST

Se hace imperioso señalar que, no existe discusión entre las partes sobre la relación contractual entre la Organización la Esperanza como empleador y el señor Henry Abozaglo en calidad de trabajador, vínculo que se desarrolló mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 25 de abril de 2013 hasta el 11 de mayo de 2015 (707 días laborados), y que durante el vínculo laboral se presentaron las siguientes modificaciones:

El contrato inicial fue firmado el 25 de abril de 2013 para que el actor ejerciera el cargo de Director de Ventas, con un salario básico de \$2'000.000 y comisiones del 1.2% sobre las ventas realizadas por el Grupo (fls.14-15).

La primera modificación se realizó el 1º de mayo de 2013, estableciendo un salario básico mensual de \$2'000.000 con presupuesto mensual de \$195'000.000 para el año 2013 en la que se determinó una tabla de comisiones por cumplimiento (fl.16).

La segunda modificación fue el 2 de enero de 2014, cambiando el salario básico en \$2'100.000, con presupuestos mensuales de \$244'975.000 para el año 2014 (fl.17).

El día 2 de enero de 2015 modificó el salario básico en \$2'226.000 y el presupuesto mensual a \$350.000.000 durante el año 2015 (fl.203).

Por último, el 1º de abril de 2015, la empresa modificó el contrato de trabajo, nombrando al demandante, en el cargo de Gerente de Servicios de Casa Funerales con un salario de \$5'500.000 con posibilidad de recibir bonificaciones (fls. 15 y 204).

Posteriormente, por decisión unilateral del empleador el día 11 de mayo de 2015, se dio por terminada la vinculación laboral (fl.19). igualmente, se aportó la liquidación de las prestaciones sociales (prima, cesantías y sus intereses y vacaciones) vista a folio 20.

Ahora bien, respecto a la terminación del contrato, la Juez A quo determinó que, al analizar la carta entregada el 11 de mayo de 2015 (fl.379), la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A. no especificó la causa de la desvinculación laboral, incumpliendo con lo previsto en el art. 62 del CST, por lo que, restó valor a lo alegado por el empleador respecto a que, la causa de la terminación había sido comunicada al trabajador en forma verbal y ratificada mediante correo electrónico el 7 de mayo de 2015.

El apoderado judicial de la empresa demandada, señaló que la condena por indemnización por despido sin justa causa debe ser revocada, considerando que la Juez A quo desconoció el criterio jurisprudencial señalado en la sentencia 33005 del 23 de septiembre de 2008 de la CSJ Sala de Casación Laboral, que establece que cuando el trabajador conoce previamente la justa causa, no es necesario que se exprese en la carta de despido, hecho que presuntamente fue expuesto en la declaración de la señora Alba Rojas Machuca, en calidad de gestora de proyectos, quien manifestó constarle lo consignado en el correo del 7 de mayo de 2015, según el cual, *el demandante modificó sin autorización, el plan estratégico de ventas del año 2015*.

En este orden de ideas, procede esta Sala a esclarecer, la comprobación de la causa de la ruptura al nexo contractual por parte del empleador que involucra el análisis de la conducta presunta en que el trabajador sin autorización, modificó el plan estratégico de ventas del año 2015, a que alude la empresa demandada y que tal circunstancia, fue puesta en conocimiento al trabajador; se abordará a continuación el estudio de la acusación teniendo en cuenta las pruebas documentales y las declaraciones rendidas en audiencia.

Previo al análisis de los medios de convicción acusados por el recurrente, se hace imperioso señalar, que la normatividad laboral permite poner fin a la relación laboral en forma unilateral, ello no implica que su decisión esté cubierta por el ordenamiento, incluso cuando es caprichosa o arbitraria. La terminación del contrato debe ser justa, razonable y proporcionada, como también debe ser presente e inmediata al conocimiento del hecho.

Además, cuando se termina el contrato unilateralmente, el trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y al empleador le corresponde probar su justificación, manifestando de forma expresa e inequívoca los motivos concretos, o la causal o causales que invocan como motivo de la ruptura y no puede sorprender a la otra alegando motivos extraños que no adujo o distintos a lo expresado como justificación de la terminación, o declarar causales inciertas o genéricas; el no cumplir con esos formalismos básicos hace posible la indemnización correspondiente a la ruptura ilícita del contrato laboral.

En conclusión, para que el despido se tenga por justificado, no basta que existan los hechos que se encuadran en una cualquiera de las justas causas consignadas en la ley, sino que, es necesario cumplir otros requisitos con el fin de exonerar al empleador del pago de una indemnización, que son: (i) Que el hecho se encuentre tipificado en la Ley, (ii) que el empleador al momento del despido, le manifieste a su trabajador cuáles son los hechos que se le atribuyen y que en criterio del empleador configuran la justa causa de despido. (iii) Que el despido se comunique oportunamente o con una relación de temporalidad o de causalidad clara entre el hecho constitutivo de la justa causa y la decisión del despido. (iv) sólo para las causales de los numerales 9º al 15 del art. 7º del Decreto Ley 2351 de 1965 que subrogó el art. 62 del CST, se exige al empleador presente preaviso.

Sobre el tema, se hace importante recalcar que en sentencia reciente proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de radicado SL2351-2020, se indicó la importancia de diferenciar el debido proceso previsto en el art. 29 de la Constitución Política acompañado de un proceso disciplinario previamente establecido con el derecho de defensa o el derecho que tiene el trabajador a ser oído respecto a los presuntos cargos que le imputa el empleador, en sus apartes pertinente señaló:

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

Así la cosas, la nueva postura de la Corte Suprema de Justicia, exige al empleador escuchar mediante cualquier medio, método, actuación al trabajador para que exponga sus motivos o razones de la presunta causa que se le imputa, en especial, por la causal prevista en el numeral 3º del literal a) del art. 62 del CST, salvo que en el reglamento interno, convención colectiva, pacto colectivo y/o contrato de trabajo, exista un procedimiento previo que allí se ilustre; mientras que para las demás causales previstas en los numerales 1º al 8º, el derecho a la defensa deberá ser garantizado según las circunstancias fácticas que rodean el caso específico y para las causales previstas desde el numeral 9º al 15º, se exige al empleador presente preaviso, es decir, la jurisprudencia en este último asunto, quedó pacífica y reiterada.

Caso en concreto.

Dicho esto, se advierte que, la parte demandada no determinó la causal de acuerdo a la normativa vigente para dar por terminado el contrato de trabajo a la demandante, es decir no realizó una adecuación legal de los hechos, por lo que, se acudirá a la carta de despido vista a folio 19, firmada por la Gerente General Carolina Cuadros, que señala:

“...De manera atenta me permito comunicarle que la empresa ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo a partir de la finalización de la jornada del día de hoy...”

Se itera, la mencionada carta no expuso el motivo o causa de la terminación del contrato. Ahora, de acogerse a la justificación del apoderado recurrente de la empresa al señalar que el asunto fue puesto en conocimiento al actor en forma verbal y a través de correos el día 07 de mayo de 2015, 4 días antes de la presentación de la carta, en el mismo, no se surtió el debido proceso previsto en el art. 29 de la CP, en especial, la de escuchar al demandante respecto de la presunta conducta que se le inculca; por otra parte, al revisar detalladamente las declaraciones rendidas por los testigos traídos por ambas partes, se deduce que, el mencionado plan estratégico en un documento en el cual, se estipulan diferentes directrices para fijar el presupuestos de ventas que regirá el año respectivo, igualmente, se definen los porcentajes de los incentivos ofrecidos a los trabajadores en el área de ventas y los premios por superar dichos presupuestos; además, quedó claro que este documento debe ser presentado por el Gerente Comercial y donde participan los directores de ventas, la gerencia general y otras áreas vinculadas al trámite de contabilidad y ventas; así mismo, una vez se establezcan las pautas anteriores, dicho plan es revisado en primera instancia por la Gerente General, que para este asunto se presentó la Dra Isabel Cristina quien en el testimonio, manifestó que fue ella que dio visto bueno a la presentación del plan suministrada por el actor para finales del 2014 y principios del año 2015, momento en que éste, se encontraba reemplazando al Gerente comercial; por último, el plan estratégico era puesto en conocimiento a la Junta Directiva quien en última instancia daba su aprobación.

En las mismas declaraciones, también se señaló que el reemplazo de la dra Isabel

Cristina, fue la Dra. Carolina Cuadros, quien previo a que el plan estratégico fuera llevado a la Junta Directiva, ordenó realizar una auditoría a la señora Alba Cenobia Rojas Machuca, quien aseguro que, el documento posterior al visto bueno suministrado por la Dra. Isabel Cristina, había sido modificado sustancialmente en mas de tres puntos, que tenía relación directa con el descuento por desistimientos, los premios como la gran convención, incrementar los asesores, aumentar 12 meses las bonificaciones de una categoría y que los referidos de los directos de casa funerales se sumarán para los presupuestos, comisiones y bonificaciones y el gerente de ventas, facultades que aseguró, el director comercial no tenía competencia.

Puestas, así las cosas, en primer lugar, los llamados descuentos por desistimientos, como se explicó en renglones anteriores, son condiciones contractuales que no debían ser analizados en el plan estratégico, es decir, resultaría contrario que la modificación surtiera efecto en caso de existir tal conducta.

Por otra parte y tal como lo manifestaron los testigos en forma concurrente, para la aprobación del plan estratégico de ventas, debían participar diferentes áreas de ventas, contabilidad y la gerencia general, esta última, encargada de realizar la aprobación previa y sobre quien recae la responsabilidad del visto bueno antes de llevarla a la Junta Directiva; en este orden de ideas, lo demostrado hasta este punto es que, las modificaciones de las cuales trata la empresa demandada y quien asegura fueron realizadas por el actor, nunca llegaron a ser efectivas, pues la obligación no recae sobre el director comercial sino sobre la gerencia general, que en desarrollo de sus funciones, se encuentra la de realizar las revisiones necesarias, entre las cuales, está la respectiva auditoria, hecho que claramente se surtió; entonces, al inculcar la presunta conducta al demandante omitiendo la participación en la contradicción y/o defensa del mismo conforme a lo dispuesto en la Sentencia SL2351-2020, traída en renglones anteriores, y teniendo claro el procedimiento reiterativamente usado en la empresa para la aprobación del plan estratégico de ventas, se concluye que, la terminación del contrato de trabajo unilateralmente por la empresa Organización la Esperanza S.A., del trabajador Henry Abozaglo González fue sin justa causa, ante la inexistencia de una conducta grave que exonere al empleador al pago de la indemnización.

Bajo estas consideraciones, el primer problema jurídico se resuelve en forma desfavorable a los intereses de la empresa, se reitera, la decisión de terminar el nexo contractual en este caso, no fue proporcional y razonable con relación a la presunta conducta del actor, que, además, no fue suscrita en la carta de despido por parte de la empresa, por lo que, la decisión de primera instancia deberá ser CONFIRMADA.

Indemnización por despido sin Justa Causa-condena en concreto.

Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo se surtió desde el 25 de abril de 2013 hasta el 11 de mayo de 2015, tal como lo calculo al Juez A quo, 2 años y 17 días, equivalentes a 737 días, arroja conforme al art 64 del CST literal b), 35.7 días de indemnización que multiplicado por los días de salario correspondiente al año 2015,

suma que fue variable durante los meses de enero a mayo de 2015, correspondiente a \$9'980.254, que dividido en 30 días al mes, arroja \$332.675,13 diarios, para un total de \$11'876.502, monto que deberá ser MODIFICADO en el ORDINAL SEPTIMO de la sentencia de primera instancia.

Solución del Tercer Problema Jurídico.

Indemnización art. 65 CST y la sanción moratoria del art. 99 de la Ley 50/90.

La Juez A quo resolvió absolver a la empresa demandada de la sanción moratoria del art. 65 del CST, argumentando que la Organización la Esperanza “...no obró de mala fe o desconoció derechos laborales del demandante de forma dolosa, sino en aplicación a la normatividad...”, además, que a la finalización del contrato pagó las prestaciones sociales debidas. Así mismo, determinó que la sanción prevista en el art. 99 de la Ley 50 de 1990 no operó en este asunto, al constatarse de la misma esta orientada al pago de diferencias generadas por la inclusión de factores salariales y, que “...existen razones de peso serias y entendibles que justifican la exclusión de las bonificaciones o premios, inclusive la aplicación de esos desistimientos, por lo que, su actuar estuvo revestido de buena fe...”.

El apoderado judicial del demandante, argumentó que en reiterados pronunciamiento la CSJ manifestó que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación del valor pleno del auxilio de cesantía, como por su aporte deficitario o parcial y para este caso; que la Juez de primera instancia, señaló que los “...desistimientos son descuentos salariales ilegales, que las bonificaciones, incentivos y premios son salario, que la cláusula de desalarización es ineficaz porque pretendía restarle la connotación salarial a unos pagos que eran comisiones disfrazadas...”; solicitó que la demandada sea condenada al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, ante la existencia de razones justificativas y legales de que se dejaran de pagar salarios, prestaciones sociales y vacaciones al terminar la relación laboral, cuando la Gerencia y la Junta Directiva de la Organización La Esperanza tenían previo conocimiento de que se estaba dando un trato ilegal e injusto al trabajador demandante, luego el comportamiento omisivo del empleador no estuvo asistido de buena fe.

Con relación al pago de la sanción moratoria, debe indicar la Sala que en el sub-examine atendiendo que las bonificaciones por ventas percibidas por el demandante se constituían en un pago habitual, relacionado directamente con la actividad desarrollada, es evidente la mala fe de la sociedad demandada, al intentar disfrazar el carácter retributivo de dichos emolumentos, mediante maniobras o denominaciones diferentes, cuyo fin era ocultar la connotación salarial de dichas bonificaciones, motivo por el cual funge procedente las condenas en ese sentido solicitadas.

Sobre la procedencia de la indemnización moratoria, cuando el empleador no liquida las prestaciones sociales del trabajador, conforme al salario real devengado derivado de emolumentos que ostentan dicho carácter, la Jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha sido reiterativa en avalar la imposición de dichas sanciones. Así por ejemplo en Sentencia SL 3479 de 2018, rad. 57903 del 14 de agosto de 2018 se indicó:

Las razones expuestas son suficientes para concluir que la sentencia censurada conserva la presunción de legalidad y acierto, en tanto que no incurrió en los desatinos fácticos endilgados por la recurrente al considerar que las comisiones recibidas eran salario, y por lo tanto, debían ser tenidas en cuenta tanto para la liquidación de las prestaciones sociales, como para el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones.

Tampoco se evidencia despropósito alguno en la condena por indemnización moratoria, puesto que, se itera, las pruebas que el Tribunal no apreció y las que valoró erradamente, según la casacionista, en realidad no tienen el alcance de demostrar fehacientemente (i) que los pagos bajo examen no eran comisiones propiamente dichas, y (ii) que las partes hubieran pactado expresamente su exclusión salarial.

Corolario de lo anterior, no tenía la enjuiciada ninguna razón atendible para negar el evidente carácter salarial de las comisiones, afectando de esa manera los derechos mínimos de la demandante al pagarle deficitariamente sus prestaciones sociales. Es por eso que ningún reproche cabe hacerle a la decisión gravada, al concluir que la demandada no estuvo amparada en una causal eximente de responsabilidad.

Y así mismo, en la Sentencia SL8216-2016, la Corte se pronunció en el siguiente sentido: ***“la práctica de entregar sumas de dinero al abrigo de figuras de desalarización o exclusión salarial, en fraude a la Ley y con el ánimo de disimular su verdadera naturaleza salarial, y a la postre, liquidar sobre ellas prestaciones sociales, que luego son entregadas al trabajador con otros nombres o bajo otras denominaciones, evidencia un acto desprovisto de buena fe...”***.

Pronunciamiento que ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1798 del 16 de mayo de 2018 M.P. doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que indicó: *“La conducta deliberada del empleador de usar etiquetas, nombres u otras estrategias lingüísticas para desorientar, ocultar o esconder la verdad del desarrollo de las actividades de la relación laboral, no puede ser considerada de buena fe - denominar comisiones como bonificaciones...(…) Así entonces, se condenará a la demandada al pago de las sanciones moratorias del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990.”*

Conforme a dichos parámetros jurisprudenciales, descendiendo al caso estudiado, teniendo en cuenta lo analizado en los arts. 127 y 128 del CST, y como ya se advirtió, evidencia la Sala que ningún asomo de buena fe se vislumbra en la demandada Organización la Esperanza, toda vez que desde el momento en que se firmó el contrato de trabajo con el demandante, tenía conocimiento previo de la verdadera naturaleza de

las “bonificaciones”, esto es, retribuir el servicio prestado y gozar de carácter salarial, que al obtener provecho la pasiva de la actividad realizada por la activa, privó y disminuyó las sumas de las prestaciones sociales a las que tenía derecho junto con el salario real devengado, una posición en contrario, sería permitirle al empleador, sin justificación alguna, vulnerar los derechos irrenunciables del trabajador , como lo son, el pago del monto real de las cesantías entre otras.

Por este concepto, la demandada adeuda un día de salario por cada día de retardo, desde el 11 de mayo de 2015 y el último salario devengado fue de \$6'012.474, correspondiente al mes de abril de un básico de \$5'500.000 mas \$512.474 de bonificaciones causadas en marzo, que dividido 30 al mes: \$200.415.8 diarios hasta el 10 de mayo de 2017, y a reconocer intereses moratorios a **partir del 11 de mayo de 2017 sobre las diferencias prestacionales adeudadas** y hasta el pago total de la obligación, la demandada deberá pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera.

Sanción por no consignación de Cesantías.

Igualmente, resulta atendible condenar a la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por el pago deficitario de las cesantías, con base en los salarios anuales determinados así:

1. El 14 de febrero de 2014 se vencía el plazo para consignar en forma total el auxilio de las cesantías del año 2013, pero como se observó en el cuadro anterior, el empleador pagó en forma total las cesantías de este periodo (25 de abril de 2013 hasta el 14 de febrero de 2014).
2. El 14 de febrero de 2015, se vencía el plazo para el depósito completo de las cesantías del año 2014, y la organización la Esperanza no lo llevó acabo, sin acreditar una razón atendible para abstenerse de cancelar el saldo adeudado por valor de \$546.823, motivo por el cual deberá reconocer a la demandante la suma diaria de \$228.631 (salario 2014: \$6'858.932), a partir del 15 de febrero de 2014 hasta el 14 de febrero de 2015, para un total de **\$82'307.183**
3. Y finalmente, con relación al déficit del pago en las cesantías correspondientes al año 2015, adeudándose la suma de \$1'073.800, la sanción moratoria se calculará desde el día 15 de febrero de 2015 hasta la terminación del contrato el 11 de mayo de 2015 (56 días), con un salario (2015: \$9'980.254) diario de o \$332.675 para un total de **\$18'629.807.**

Para un total de \$100'936.990, por concepto de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990.

Solución del Cuarto Problema Jurídico

Perjuicios Morales.

La Juez A quo decidió absolver a la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA de la indemnización por los perjuicios morales, ante la ausencia falta de prueba por parte del demandante, en demostrar que el despido trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales en su vida.

El apoderado judicial recurrente, arguye que la empresa demandada afectó considerablemente el buen nombre del señor Abozaglo, hecho que se demostró con los testimonios arrimados por la parte demandada, cuando manifestaron cosas acerca del señor Abozaglo, con connotaciones de carácter *absolutamente negativo*; además, los testigos traídos por el actor, la señora Liliana Gutiérrez, y del señor Jorge Chávez, señalaron de forma concurrente que *“la familia Abozaglo pasó muy malos momentos por esa incertidumbre de no saber la razón del despido, que tuvieron que trasladarse de ciudad, en búsqueda de mejores oportunidades, que su hija menor de 12 años fue afectada al cambiarse de colegio...”*; luego entonces, consideró que la conducta de la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA fue de mala fe o por lo menos con la intención de causar un daño, generando un menoscabo con el despido, porque en ningún momento establecieron la causal solo después a través de un derecho de petición, cuando la empresa aseveró razones sin prueba, *“haciendo una serie imputaciones mentirosas y una serie de imputaciones donde le dice que engaña, donde se le dice que manipulo un documento para obtener beneficios en contra de la empresa”*.

Al respecto, la Sala considera conveniente recordar que la procedencia de la condena por perjuicios morales según la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4570-2019 se encuentra supeditada a los siguientes aspectos:

Si bien el daño moral se ubica en lo más íntimo del ser humano y por lo mismo resulta inestimable en términos económicos, no obstante, a manera de relativa satisfacción, es factible establecer su cuantía. Para ello, es pertinente referir lo expuesto por esta Corte en sentencia CSJ SL 32720, 15 oct. 2008, que se reiteró en el fallo CSJ SL4665-2018, en cuanto a que la tasación del *pretium doloris* o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, en esa misma decisión, «para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño».

En ese orden, conforme lo expuso la Juez A quo, no se demostraron los perjuicios consagrados en el artículo 476 del CST; el recurrente solamente dijo en forma general sobre las declaraciones rendidas, sin señalar qué pruebas podían demostrar los mismos, ni su afectación en la calidad de vida y menos de su núcleo familiar, lo que no daba lugar a configurar dicha condena.

Respecto de los aportes a la seguridad social en pensión, se condenará a la pasiva al pago de las diferencias del IBC generadas entre el valor cotizado por la Organización la Esperanza y el indicado en la tabla anterior de salarios para cada mensualidad, las cuales deberán consignarse en el fondo de pensiones en el que se encuentre afiliado el señor Henry Abozaglo González.

Así las cosas, el demandante no cumplió con el deber de demostrar la incidencia que tuvo el despido injusto o indirecto, posterior a la desvinculación, por lo que, se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

No se condenará en costas de segunda instancia a las partes, por haberles prosperado parcialmente los recursos de alzada.

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

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los ordinales **PRIMERO Y TERCERO** de la sentencia apelada proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA de fecha 05 de junio de 2019, en el sentido de ABSOLVER a la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA al reconocimiento y pago de la devolución de los descuentos por desistimientos a favor del demandante, DECLARANDO la cláusula eficaz y conforme en la normatividad aplicable.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal QUINTO de la sentencia apelada, en el sentido de condenar a la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA al reajuste de las prestaciones sociales a favor del demandante HENRY ABOZAGLO GONZÁLEZ, por tenerse como factor salarial las llamadas BONIFICACIONES E INCENTIVOS en las siguientes sumas:

1. Cesantías del 2014 \$546.823, 2015: \$1'073.800 (total: \$1'620.623)
2. Intereses de las cesantías: 2014: \$74.732, 2015: \$46.889 (total \$121.621)
3. Prima de Servicios: 2014: \$882.587 y 2015: \$1'134.652 (total \$2'017.239)
4. Vacaciones: 2014-2015 \$1'397.042.

Para un total de \$5'156.525

TERCERO: MODIFICAR el ordinal séptimo de la misma sentencia, en lo que respecta a la condena en concreto de la indemnización por despido sin justa causa, en el sentido de CONDENAR a la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA a pagar a favor del señor HENRY ABOZAGLO GONZALEZ la suma de \$11'876.502, de conformidad con el art 64 del CST literal b).

CUARTO: REVOCAR parcialmente el ordinal NOVENO de la misma sentencia, en su lugar, **CONDENAR** a la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA a pagar a favor del señor HENRY ABOZAGLO GONZALEZ, los siguientes conceptos:

- 1) La suma de CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS (\$144'299.376.00) por concepto de **Indemnización moratoria del art 65 CST** desde el 11 de mayo de 2015 al 10 de Mayo de 2017, a razón de un día de salario equivalente a \$200.415,8.00 por cada día de retardo (último salario devengado \$6'012.474) y a partir del 11 de mayo de 2017 la demandada deberá pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera, sobre las diferencias prestacionales adeudadas y hasta el pago total de la obligación.
- 2) Sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por el pago deficitario de las cesantías, en la suma total de CIEN MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL PESOS (\$100'936.990.00).

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia ante la prosperidad de los recursos impetrados.

NOTIFIQUESE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Nidia Belén Quintero G.

(Salvamento parcial de voto)
NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 116, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 17 de noviembre de 2021.



Secretario



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

Radicado No. 2015-0003
Partida Tribunal No 18.654

Con mi acostumbrado respeto para mis compañeros de sala, les manifiesto que salvo parcialmente mi voto respecto de la decisión de la sala mayoritaria de confirmar parcialmente la sentencia del 05 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, que accedió a las pretensiones de ordenar reajustar las prestaciones sociales a favor del señor HENRY ABOZAGLO GONZÁLEZ, por tenerse como factor salarial las llamadas BONIFICACIONES individuales, reajustando las prestaciones e indemnizaciones, y adicionando condena por indemnización moratoria. Estando inconforme exclusivamente con la imposición de esta última sanción.

Para llegar a esta conclusión, la Sala Mayoritaria estableció respecto del problema jurídico planteado sobre la naturaleza salarial de las bonificaciones e incentivos percibidos por la trabajadora, que lo percibido por la actora a título de bonificaciones e incentivos, tenían causa directa en los servicios que le prestaba a la compañía y por ende debían tener incidencia salarial. Indicando que era evidente la mala fe de la sociedad demandada, al intentar disfrazar el carácter retributivo de dichos emolumentos, por lo que era procedente además de reliquidar las prestaciones, condenar por indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y sanción por no consignación de las cesantías por su pago deficitario.

No concuerdo con el análisis por el cual se determinó la existencia de mala fe para acceder a las sanciones moratorias, pues la mera determinación de un pacto de desalarización ineficaz no es suficiente para concluir que hubo una intención defraudatoria del empleador.

Al respecto, sobre la indemnización moratoria, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL-1091 de 2018 indicó que esta condena *“tiene un carácter eminentemente sancionatorio, pues se genera cuando quiera que el empleador se sustrae, sin justificación atendible, al pago de salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del vínculo laboral”* y se ha agregado por la jurisprudencia *“que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe para exonerar al empleador”*; esta noción que rechaza la aplicación automática de la indemnización moratoria se extiende a la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, indicando la Sala de Casación

Laboral en sentencia SL3492 de 2018, que *“para su imposición el fallador debe analizar la conducta del empleador a efectos de establecer si la omisión en la consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe de parte aquel para, de esta manera, proceder a eximirlo de su pago”*.

En igual sentido, la providencia SL1293 de 2020 resalta que la Sala de Casación Laboral *“se ha opuesto a cualquier hermenéutica fundada en reglas inderrotables y concluyentes acerca de cuándo procede o en qué casos hay buena fe o no, pues se ha inclinado por la verificación de la conducta del empleador en cada caso concreto, de acuerdo con todos los detalles y peculiaridades que aparezcan probados en el proceso, pues «no hay reglas absolutas que fatal u objetivamente determinen cuándo un empleador es de buena o de mala fe» y «sólo el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro”* concluyendo que *“las decisiones fundamentadas en guías o paradigmas preestablecidos de comportamiento de buena o mala fe, se distancian del sentido que esta Sala les ha atribuido a los preceptos normativos que consagran la indemnización moratoria, que, se repite, exigen sin excepción, la revisión completa y dimensionada de todos los elementos del caso”*.

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

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

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

En el presente caso se tiene que durante el transcurso de la relación laboral, el empleador siempre garantizó al trabajador el cumplimiento pleno de sus derechos prestacionales, cancelando cumplidamente los salarios, primas, vacaciones, intereses a cesantías, consignando cesantías y el debate se suscitó por la incidencia salarial de algunas comisiones en concreto, sobre

las que se discutió en sede judicial si retribuían el servicio o servían como incentivo a las metas de manera esporádica.

Además, estas bonificaciones y comisiones estuvieron vigentes desde el comienzo de la relación laboral, fueron aceptadas por el trabajador y solo fueron demandadas al finalizar la misma; no evidenciándose que las diferencias resultantes de la reliquidación implicaran un saldo que ameritara para el empleador, desplegar una actuación defraudatoria interesada comparado con las consecuencias negativas que hubieran generado y el debido cumplimiento de las demás obligaciones laborales a su cargo.

Indica la Sala de Casación Laboral en providencia SL4056 de 2021, al resolver un caso parecido, que en casos donde el empleador propone pacto de desalarización puede haber buena fe cuando se desprende que *“actuó bajo la creencia de que el acuerdo de desalarización que se consignó en el contrato de trabajo suscrito entre las partes, tenía plena validez”*; lo que estimo sucedió en este caso, al evidenciar además que cumplió con todas las demás obligaciones prestacionales en el curso de la relación.

No comparto así la decisión de la Sala Mayoritaria de imponer las sanciones moratorias al empleador, pues un análisis integral de su actuación en la relación laboral con el actor no da lugar a evidenciar totalmente la mala fe que se requiere para su imposición, por lo que estimo debió absolverse por este concepto.

Atentamente.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

AUTO INTERLOCUTORIO

MAGISTRADO PONENTE:
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, dieciseis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-003-2020-00051-00.
PARTIDA TRIBUNAL: 19380.
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: MARIA INES MONCADA GELVEZ Y OTROS.
DEMANDADOS: VELLAVISTA COAL S.A.S. Y OTROS.
TEMA: RECHAZO DE DEMANDA Y DE RECURSO DE REPOSICIÓN.
ASUNTO: APELACIÓN

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la ejecutada, contra el auto de fecha veintiuno (21) de febrero de dos mil veinte (2020), dentro del proceso seguido bajo radicado No. 54-001-31-05-003-2020-00051-00 y Partida del Tribunal No. 19380 el cual fue instaurado por la señora MARIA INES MONCADA GELVEZ Y OTROS, contra BELLAVISTA COAL S.A.S. Y OTROS.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto respectivo, de lo cual quedó constancia en el Libro de Actas, se profirió el siguiente,

A U T O:

Desata la Sala el recurso de alzada propuesto por el apoderado judicial de la parte ejecutada, referente a la decisión de fecha once (11) de junio

de dos mil veintiuno (2021), proferida por la señora Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso de la referencia y en el cual dispuso RECHAZAR por extemporáneo el recurso de reposición que formuló MARIA INES MONCADA GELVEZ Y OTROS.

II. ANTECEDENTES:

Las señoras MARIA INEZ MONCADA GELVEZ y MARYURY TATIANA GELVEZ MONCANDA actuando por medio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria civil de primera instancia, en contra de BELLAVISTA COAL SA.S., representada legalmente por el señor MOISES QUINTERO BARAJAS, pretendiendo la existencia de la relación laboral entre su hijo y hermano DEIMER GELVEZ MONCADA (q.e.p.d.) y la sociedad BELLAVISTA COAL SA.S., desde el 22 de enero del 2016 y falleció el 3 de marzo del mismo año por un accidente de trabajo donde ejercía el cargo de minero, en consecuencia, que se condene a la demandada al pago por daños y perjuicios por la responsabilidad de la empleadora por el fallecimiento del trabajador, entre otras.

El JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en auto a fecha 5 de agosto del 2019, decidió RECHAZAR de plano la demanda POR CONFLICTO DE COMPETENCIA, y remitirla al reparto de un Juzgado Laboral del Circuito.

El apoderado judicial de las demandantes, interpone recurso de reposición y de apelación contra el auto anterior, argumentando que si bien es cierto la vinculación se dio en vigencia de una relación contractual, las pretensiones solicitadas son de la competencia civil, que en la demanda no se están pidiendo pago de acreencias laborales, que la pretensión principal es declarar a la empresa responsable civilmente por culpa en la muerte del trabajador DEIMER GELVEZ MONCADA (q.e.p.d.), que en el juzgado cuarto laboral del circuito de Cúcuta se esta surtiendo la demanda lo referente al contrato de trabajo.

El JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA en auto fechado el 26 de agosto de 2019 declara improcedente el recurso de reposición y apelación, ya que el rechazo del conocimiento de la demanda es por la causal de incompetencia prevista en el art. 139 del CPG.

El expediente fue repartido entre los Juzgados del Circuito Laboral y le correspondió al Juzgado Tercero, quien mediante auto fechado el 10 de

octubre de 2020 (sic) (fl.785 del expediente), pero con sello de secretaría el 11 de febrero de 2020, concedió al apoderado judicial de las demandantes, un término de cinco (05) días para que adecuara la demanda al procedimiento laboral.

El apoderado judicial de las demandantes, el 18 de febrero de 2020, solicitó en igual sentido del recurso de reposición y de apelación ante la competencia civil, que se declare el conflicto de jurisdicción ante el Consejo Superior de la Judicatura (fl.786).

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En auto del 21 de febrero de 2020 (fl. 788), fijado el 26 de febrero de 2020 el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA dispuso:

- a) Declarar que no hay lugar a acceder a lo solicitado por el apoderado de la parte demandante en cuanto se remita el proceso a la jurisdicción civil por falta de competencia, toda vez que la misma no la determinan las partes sino es potestad del Juzgado, además, que lo pretendido en la demanda, se origina de un accidente laboral.
- b) **Rechazar** la demanda como quiera que la parte actora no adecuo el proceso al procedimiento laboral, tal como se señaló en el auto que antecede.
- c) Devolver los anexos sin necesidad de desglose y ordenar el archivo del proceso...

III. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN:

El 03 de marzo de 2020 (fl.789), la parte demandante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto anterior, alegando que el objeto del presente proceso es declarar la responsabilidad civil extracontractual prevista en el art. 2341 del CC, del MOISES QUINTERO BARAJAS como representante legal de BELLAVISTA COAL SA.S., por la muerte de DEIMER GELVEZ MONCADA, hijo y hermano de las demandantes, además, condenarlo por daños y perjuicios.

Por ende, solicitó que se reponga el auto y se declare conflicto de jurisdicción ante el Consejo Superior de la Judicatura.

IV. DECISIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

Mediante auto calendado el día once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021), la Juez A quo decidió:

Primero: AVOCAR el conocimiento del proceso de la referencia, conforme a la explicado.

SEGUNDO: RECHAZAR por extemporáneo el recurso de reposición por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: CONCEDER ante el Honorable Tribunal Superior, Sala Laboral, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de fecha 21 de febrero de 2020.

V. CONSIDERACIONES.

Competencia. Esta Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto conforme lo dispone el numeral 1º del art. 65 del C.P.T. y de la S.S. modificado por el art. 29 de la Ley 712 de 2001, esto es: “1. El que rechace la demanda...”.

Problema jurídico.

El objeto de la Litis se reduce a establecer si la Juez A quo se equivocó al rechazar la demanda porque las demandantes no la adecuaron al procedimiento laboral, además, sustentó dicha decisión en que, de conformidad con las pretensiones solicitadas, no era procedente remitir el expediente a la jurisdicción civil (sic) por falta de competencia, “toda vez, que la misma no la determinan las partes sino es potestad del Juzgador”.

El apoderado judicial de las demandantes, durante el término de los tres días siguientes al auto anterior, alega que la competencia no es laboral sino civil, ya que la pretensión está orientada a la responsabilidad civil extracontractual prevista en el art. 2341 del Código Civil, e insiste en que el conflicto deberá ser resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura.

Para dilucidar el tema, y previo a gestar el análisis sobre el rechazo de la demanda, es necesario precisar que el artículo 28 del C.P.T. autoriza al juez, para que antes de admitir la demanda, y en el evento en que observe que no reúne los requisitos exigidos por la ley, la devuelva al demandante para que subsane las deficiencias que le señale, dentro de un término de cinco (5) días, corrección que de no hacerse conlleva al rechazo de la demanda.

Así mismo, se hace imperioso traer a colación el numeral 1º ibidem que dispone: *“1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.”*

Bajo los anteriores presupuestos, se tiene que, la demanda ordinaria expresa que el juez competente es de la especialidad civil, sin embargo, de la misma se extrae que las condenas pretendidas se refieran al pago de la indemnización plena de perjuicios a favor de los familiares del trabajador que falleció por causa de un accidente de trabajo, ante el presunto incumplimiento de las obligaciones del empleador BELLAVISTA COAL S.A.S. sobre el cuidado en las normas de seguridad ocupacional; luego entonces, la base fundamental del reclamo es el contrato laboral que tenía el causante hijo y hermano de las demandantes, con la empresa a quien pretenden responsabilizar, es decir, con base en la relación de carácter laboral y no extracontractual como lo sostiene el apoderado judicial recurrente.

Ahora bien, es preciso aclarar que, la demanda no fue rechazada por falta de competencia, sino porque según las consideraciones de la Juez A quo, la misma no se encontraba ajustada a los parámetros de lo previsto en el art. 25 ibidem, por lo que, decide conceder el tiempo legal para que fuera subsanada, periodo en que el apoderado judicial de las demandantes no cumplió la orden y decidió insistir para que el expediente se remitiera a la especialidad civil.

En consecuencia, la decisión proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA de fecha 21 de febrero de 2021, es acertado y se ajusta a la normatividad legal aplicable, por lo que se CONFIRMARA en todas sus partes.

Sin condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA, por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL,

VI. R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 21 de febrero de 2020 proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, por medio de la cual se **RECHAZO** la demanda formulada por MARIA INES MONCADA GELVEZ y otros conforme a lo explicado en precedencia.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente auto devuélvase la actuación al juzgado de origen para los fines pertinentes.

TERCERO: Sin condena en costas.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO


NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 116, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 17 de noviembre 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 Tercero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54001-31-05003-2020-00181

Partida Tribunal: 19206

Demandante: YANETH FABIOLA CARVAJAL
ROLON

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

Llamada en garantía: MAPFRE COLOMBIA
VIDA SEGUROS S.A.

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE
SENTENCIA

San José de Cúcuta, **dieciséis** (16) de **noviembre** 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 Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 28 de enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54001-31-05003-2020-00181 y partida de este Tribunal Superior No. 19206 promovido por la señora YANETH FABIOLA CARVAJAL ROLON contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, LOS FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, S.A., SKANDIA, S.A y PROTECCIÓN, S.A., y con llamamiento en garantía a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante YANETH FABIOLA CARVAJAL ROLON demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación

efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A, inicialmente, y posteriormente a las ADMINISTRADORAS DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y SKANDIA S.A., 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 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.

Subsidiariamente pretendió que se declare que PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., le ocasionaron perjuicios y por tanto deben ser reparados.

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. Indicó que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el 28 de febrero de 1984 hasta agosto de 1994.
2. Que cotizó al régimen de prima media un total de cuatrocientas veintiséis (426) semanas, habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación al fondo de pensiones a COLPATRIA S.A. a partir de agosto de 1994, traslado que no estuvo precedido por la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existió consentimiento de libertad y voluntariedad.
3. Que a partir de octubre del 2008, se trasladó del fondo de pensiones COLPATRIA S.A. al fondo PROTECCIÓN S.A. Que en el mes de abril del año 2011, se trasladó del fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. al fondo PORVENIR S.A. Por último, que en el mes de septiembre del 2014 se trasladó del fondo de pensiones PORVENIR S.A. al fondo SKANDIA.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, S.A., ésta dio formal contestación manifestando que se atiene a las resultas del proceso, en el entendido que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS, razón por la cual tiene plena validez y respecto de la nulidad del contrato suscrito con la AFP DEL RAIS, alegada por la interesada, deberá probarse dentro del desarrollo del proceso judicial.

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

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que la entidad, previo a realizar cualquier tipo de afiliación a los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben los ejecutivos comerciales, las cuales están orientadas a un estudio profundo del sistema general de pensiones, y al marco legal que regula el mismo, buscando siempre la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación; indicó además que PROTECCIÓN no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen que hiciera inicialmente la demandante.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA ADMINISTRACIÓN DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE Y LA INNOMINADA.

Por su parte, PORVENIR S.A. indicó que no le constan los hechos narrados en la demandada, y añadió que la demandante trabajó para la AFP COLPATRIA desde el primer traslado de régimen, en el año 1994. Por lo tanto, señaló como “difícil de creer” que la actora no conocía las características o diferencias de los regímenes pensionales, y que ya después de 26 años y de realizar varios traslados entre administradoras del RAIS, desconoce o no se le suministró información suficiente sobre las características del régimen de ahorro individual. Se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda por no existir vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado.

Propuso excepciones que denominó FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O LA GENÉRICA.

La entidad demandada SKANDIA S.A., señaló que no es válido aducir que la actora, quien ha permanecido por más de 24 años en el régimen privado, efectuando movilidad dentro del mismo, recibiendo asesorías en cada una de dichas vinculaciones, no conoce las características y especificaciones de

este. Preciso que la afiliación de la demandante a SKANDIA S.A. efectuada para el año 2014, cumplió con los lineamientos y requisitos legales para su validez, en atención a las obligaciones propias de las AFP. Se opuso a las pretensiones de la demanda, reiterando que SKANDIA S.A. cumplió con la totalidad de los requisitos legales, por cuanto no existen motivos que soporten la nulidad que pretende la accionante con el presente proceso.

Como excepciones de mérito presentó CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PROPIAS DEL OBJETO Y DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE SKANDIA S.A., VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, NO ES VIABLE EL TRASLADO DE LA DEMANDANTE AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA, NO SE REÚNEN LOS PRESUPUESTOS DE LEY PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA NULIDAD o INEFICACIA PRETENDIDA, FALTA DE TÍTULO Y CAUSA EN LA DEMANDANTE, COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCIÓN SIN ACEPTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE DE SKANDIA S.A., INNOMINADA o GENÉRICA.

En documento externo, SKANDIA S.A. presentó llamamiento en garantía a la entidad MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS. Argumentó SKANDIA S.A. que, dando cumplimiento a lo establecido por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, suscribió con MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. un contrato de seguro previsional para cubrir, principalmente, los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados a su Fondo Obligatorio de Pensiones; entre ellos, la demandante; tal y como lo acreditan los documentos adjuntos que anexó con la solicitud. Dicho contrato entre estas entidades, tuvo como vigencia los años 2007 a 2018. Afirmó que en caso de que se condene a SKANDIA S.A., devolver los aportes de la Demandada a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, junto con los gastos de administración, le corresponde a la aludida aseguradora el cumplimiento de esa obligación en lo que se refiere, particularmente, a la prima pagada por el seguro previsional prenotado. Por su parte, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. respondió a la demanda aludiendo que ni se opone ni se allana a las pretensiones, que no le constan los hechos y que la entidad no intervino en la asesoría para el traslado de régimen pensional de la demandante, y es ajena a cualquier actuación relacionada con el traslado. Presentó como excepciones de fondo INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE EXCENTA DE CULPA, PRESCRIPCIÓN, INNOMINADA O GENÉRICA. En lo referente al llamamiento en garantía efectuado por SKANDIA S.A., se opuso a las pretensiones argumentando que actuó como tercero de buena fe. Señaló que los actos contrarios a derecho ejecutados por un tercero sin los requisitos establecidos por la ley, no pueden ser trasladados a la entidad, ya que esta recibió de buena fe el pago de la prima. Devolver las primas canceladas a la aseguradora previsional para los años 2014 a 2016, por hechos en que la entidad no fue partícipe, es motivo para absolverla de cualquier impedimento.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 28 de enero de 2021, resolvió:

1. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.
2. DECLARAR la ineficacia de la afiliación de YANETH FABIOLA CARVAJAL ROLÓN a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.
3. CONDENAR a las Administradoras de Fondos De Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. a devolver a Colpensiones, la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones y fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas, por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esas administradoras.
4. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que valide la afiliación del demandante YANETH FABIOLA CARVAJAL ROLÓN en los términos reseñados en el numeral primero, y reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por las Administradoras de Fondos De Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., para financiar las prestaciones económicas del Régimen de Prima Media, bien en aplicación del régimen de transición o del régimen general.
5. CONDENAR en Costas las Administradoras de Fondos De Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.
6. ABSOLVER al llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
7. CONSULTAR la providencia a favor de COLPENSIONES, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del CPTSS.
8. CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a favor de la parte demandante.
9. CONDENAR en costas a SKANDIA S.A. y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS 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. Sustentó el despacho que, en este caso, no es aplicable la Sentencia SL 4680 de 23 de noviembre de 2020, debido que no se cumplen las reglas de suficiencia del precedente, pues corresponde a una situación fáctica distinta, ya que para el momento en que se efectuó el traslado de la señora YANET FABIOLA CARVAJAL ROLÓN del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 25 de agosto de 1994, su empleador era SERVICIOS MÉDICOS COLPATRIA identificado con el NIT 13016300199; y no COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE

PENSIONES Y CESANTÍAS, con quien apenas inició su vínculo laboral el 17 de diciembre de 1994; es decir, que en la génesis del traslado no puede afirmarse que la misma tenía suficiente y clara información sobre las consecuencias del mismo debido a que para esa data, no era el área en que se desempeñaba laboralmente.

Por último, en relación con el llamamiento en garantía de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., el a quo señaló que no se cumple con la finalidad de esta figura jurídica en la medida que esta permite activar el cubrimiento de las contingencias cubiertas por la póliza; y el reembolso de los pagos realizados por concepto de seguro previsional, surge del contrato de seguros, controversia que se escapa de la competencia del juez laboral.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La parte demandada no se encontró de acuerdo con la decisión proferida por el Juez A quo, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no es posible aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta que esta estaba capacitada 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.

Indicó que la obligatoriedad que surge de recibir a la demandante dentro del régimen de prima media, 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, transgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

Precisó que Colpensiones no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información a la demandante, quien de manera libre y voluntaria tuvo la facultad de decidir qué fondo le favoreciera para obtener su derecho a la pensión, ya que en ese momento tenía otras expectativas con el fondo privado. Por ello, solicita se revoque la condena en costas por no intervenir en ninguna de las actuaciones señaladas.

2. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que en la fecha o momento de haberse realizado el traslado de régimen por el entonces Colpatria AFP, hoy Porvenir SA, es decir agosto de 1994, las disposiciones legales vigentes para la época era el

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, eran la ley 100 del 93 artículo 3 en su versión original, y el decreto 692 de 1994. Señaló que la única prueba que se dio efectivamente una asesoría consistía en suscribir este formulario, y el hecho de no hacerlo o no diligenciar con la información ahí diligenciada, daba a entender que ese traslado no era válido.

Afirmó que a partir del año 2008 la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, hilvana una jurisprudencia en virtud de la cual este tipo de obligaciones informativas que deberían dar los AFP a sus afiliados se fue afinando y a partir del 2008, que es de donde nace esa postura, esa carga de información o esa obligación de dar información que era de carácter general o abstracto, o redactada en estos términos. Manifestó que sería imposible para los fondos de pensiones como Porvenir S.A., que suscribió ese formulario en el año 1994, cumplir con una serie de obligaciones que surgen en el 2008, y con la inversión de la carga de la prueba, pues lo único que había que conservar era el formulario de afiliación.

Señaló actos de relacionamiento entre la demandante y el RAIS, debido a la continuidad laboral de la actora para con la Aseguradora del Fondo de Pensiones; solicitó que se revoque la orden de devolver los gastos de administración en que incurrió el fondo, en virtud del artículo 964 del CC.

3. PARTE DEMANDADA- PROTECCIÓN, S.A.

Fundamentó la parte su recurso de apelación señalando que la exigencia de devolver el seguro previsional y los gastos de administración se considera inoperante porque el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección contrata con una aseguradora el pago del seguro previsional, y porque los rendimientos que goza la cuenta de la demandante son producto de la buena administración por parte del fondo de pensiones. Señaló que cuando se presente el riesgo de la pensión de vejez o una pensión de invalidez o una pensión de sobrevivencia y en ese caso la aseguradora paga una suma adicional que se produce porque el fondo de pensiones mensualmente le está pagando, es girado directamente a la aseguradora prestando el servicio, la cual es un tercero de buena fe.

4. PARTE DEMANDADA - SKANDIA S.A.

En su recurso, la parte expresó no estar conforme parcialmente con la sentencia, ratificando lo expuesto en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión. Afirmó que el proceso de afiliación por parte de la actora a la AFP SKANDIA S.A., cumplió con la totalidad de los requisitos de validez para la fecha. Adicionó que la demandante fue gerente de Colpatria S.A., y de conformidad con la respuesta dada en interrogatorio de parte en el sentido que, en forma general, esta conocía los lineamientos de los regímenes regionales colombianos. Así, arguyó que la demandante no puede ser considerada como una afiliada lego o como una parte débil en negocios

jurídicos. Por tanto, señaló que es poco creíble que después de 26 años de afiliación de la actora para con el RAIS, dentro de los cuales conocía los pormenores y los beneficios de ese régimen, pues hoy manifiesta que fue engañada y mal asesorada.

Además, señaló que para el momento del cambio de régimen pensional, se cumplió con todos los requisitos legales que exigía la normatividad vigente.

Por lo cual, añadió, exigir requisitos que no eran exigibles para el año de afiliación van contrario a los principios de legalidad, confianza legítima, su buena fe y seguridad jurídica que les asiste las AFP, insistiendo en que estas en su momento no conocían que un futuro tuviesen que acreditar de una forma contraria al formulario de Afiliación la asesoría o la información que le fue suministrada a la afiliada. Por lo cual, hoy, imponer esa carga de las AFP es completamente improcedente.

En lo referente a las cuotas y comisiones de administración, consideró improcedente el pago o la devolución de los gatos o cuotas de administración, los cuales son productos de la administración profesional efectuada por la entidad mientras el tiempo que estuvo afiliada a la actora para con la misma, máxime cuando esta se encontraba en facultad para ello en virtud del artículo 39 del Decreto 656 de 1996. Es por ello que en caso de llevarse a cabo la evolución de dicho saldo se encontraría Colpensiones ante un enriquecimiento ilícito sin justa causa frente a las sumas que en su momento SKANDIA S.A., como administradora pensional, destinó para el cumplimiento de las exigencias legales de la Superintendencia Financiera, el aseguramiento de riesgos de invalidez y muerte del afiliado. En lo referente a mermas del saldo de cuenta de ahorro individual de la demandante, lo consideró como no procedente, por cuanto una merma siempre está vinculada a una pérdida o a una disminución, situación que no aconteció en el presente caso, pues contrario a esto, la cuenta de ahorro individual de la demandante produjo rendimiento sobre los cuales se ordena trasladar a Colpensiones.

Finalmente, presentó inconformidad en lo relacionado al llamamiento en garantía, en el sentido en que este cumple con la naturaleza establecida en el artículo 63 y 64 del CGP, por cuánto se celebró un vínculo contractual y teniendo en cuenta que Skandia traslado a Mapfre Colombia vida y seguros s.a. Afirmó que le corresponde a la aludida aseguradora el cumplimiento de esta obligación en lo que refiere particularmente a la prima pagada por el seguro previsional prenotado. Por último, rechazó la condena en costas impuesta por el despacho y a favor de MAPFRE S.A., reiterando su posición del llamamiento en garantía.

I. 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 confirme la sentencia apelada, en virtud de los argumentos esgrimidos en documento visto en el numeral 60 del expediente digital.

2. **PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES.** Indicó la pasiva 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, por lo cual solicitó se revoque la sentencia apelada, trayendo a colación argumentos presentados en el documento identificado con numeral 58 del expediente digital.

3. **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, sustentado esta petición en lo informado en documento visto a numeral 57 del expediente.

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.

4. **PARTE DEMANDADA - SKANDIA S.A.** Solicitó la parte la revocatoria de la sentencia apelada, a la luz de los argumentos presentados en el documento visto a numeral 59 del expediente digital.

5. **PARTE DEMANDADA- PROTECCIÓN, S.A.** La parte recorrió traslado para alegar y solicitó la revocatoria de la sentencia atacada, bajo lo precisado en documento visto a numeral 54 del expediente digital.

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

II. 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 la demandante YANETH FABIOLA CARVAJAL ROLÓN en el 25 de agosto de 1994 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 PROTECCIÓN, S.A., SKANDIA S.A., y para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.
3. Determinar si es viable el llamamiento en garantía efectuado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., y de serlo, qué responsabilidad le sería señalada.
4. 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.
5. Por último, se revisará la condena en costas impuesta a las entidades demandadas Colpensiones, y SKANDIA, 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. También se evaluará el interrogatorio de parte 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 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 de la señora YANETH FABIOLA CARVAJAL ROLÓN 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, la señora YANETH FABIOLA CARVAJAL ROLON afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR S.A. 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 la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el 28 de febrero de 1984 hasta agosto de 1994; que a partir del 25 de agosto de 1994, traslado de Colpensiones a COLPATRIA S.A., hoy, PORVENIR S.A.; que a partir de octubre del 2008, se trasladó del fondo de pensiones COLPATRIA S.A. al fondo PROTECCIÓN S.A.; que en el mes de abril del año 2011, se trasladó del fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. al fondo PORVENIR S.A. Por último, que en el mes de septiembre del 2014 se trasladó del fondo de pensiones PORVENIR S.A. al fondo SKANDIA., fondo en el que actualmente se encuentra inscrita.

Dicho lo anterior, y revisando las pruebas allegadas, se evidencia formulario de afiliación y traslado a folio 4 de la pruebas y anexos aportados por Porvenir en su contestación, folio 27 de expediente digital, que el primer traslado de régimen suscrito por la demandante fue el 25 de agosto de 1994 del entonces ISS hoy Colpensiones a COLPATRIA S.A, advirtiendo la Sala, que las calidades propias de esta 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, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de COLPATRIA, 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, COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., 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 dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante YANETH FABIOLA CARVAJAL ROLON 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 una 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 S.A.

Ahora bien, procederá la Sala a analizar a los argumentos expuestos tanto por PORVENIR, S.A. como por SKANDIA, con relación a la relación laboral sostenida por la demandante con la AFP Colpatria a partir de diciembre de 1994, lo cual, en su sentir, indica que ella tenía conocimiento acerca de las implicaciones de su traslado de régimen y era posible en ese momento que se retractara del mismo, sin que lo hubiera hecho, sino que al contrario, en varias ocasiones se trasladó de un fondo privado a otro, todo lo cual es considerado, a su parecer, como un acto de relacionamiento, teniendo como derrotero la sentencia proferida por la Sala de Descongestión de la H. CSJ con radicado SL 3752 de 2020.

Frente a dichos argumentos, es necesario, en primer lugar, aclarar que según se extrae de las pruebas aportadas a los autos, la señora YANET FABIOLA CARVAJAL ROLON, para el momento de su traslado de régimen pensional cuya nulidad se solicita en este proceso, es decir el **día 25 de agosto de 1994**, se encontraba prestando sus servicios a favor de Servicios Médicos Colpatria, entidad esta que se diferencia de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colpatria, sociedad con la cual inició sus actividades en una fecha posterior a su traslado, esto es, el 17 de diciembre de 1994, de tal suerte que es el fondo demandado, quien debe acreditar que en dicho instante a la afiliada le fue otorgada, toda la información clara y precisa, en los términos que se ha analizado, llegándose a la conclusión inequívoca, que esto no ocurrió por parte del aludido fondo privado de pensiones.

Así mismo, con respecto a los actos de relacionamiento, de los cuales se habla en la sentencia mencionada en precedencia con radicado SL 3752 de 2020, proferida por la Sala de Descongestión de la SCL CSJ con Magistrada Ponente, Dra. Ana María Muñoz Segura, se considera que es correcto el análisis realizado por la Juez A quo, en tanto las sentencias proferidas por dicha Sala transitoria deben ir en concordancia con la línea jurisprudencial establecida por la Sala de Casación permanente del Alto Tribunal, no teniendo la facultad aquella, de modificar la misma o de crear una nueva línea en un asunto que haya sido largamente estudiado y definido por esta última.

Esta limitación se extrae de manera diáfana del inciso 2º del párrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, en que se dispuso que “Las salas de descongestión actuarán independientemente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero cuando la mayoría de los integrantes de aquellas consideren procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, devolverán el expediente a la Sala de Casación Laboral para que esta decida”.

Teniendo claro lo anterior, y estudiando la sentencia SL3752 de 2020, se observa que al analizarse la procedencia de la declaratoria de la nulidad de un traslado de régimen, se precisó que:

En ese orden de ideas, es dable concluir que, aun cuando no haya certeza de si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección.

Dichos comportamientos o actos de relacionamiento, en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros.

(...)

A partir de lo expuesto en precedente, se tiene que los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual, es decir los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones, reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen, aunque bajo la asesoría y beneficios que le pueda proveer otra administradora de pensiones, las cuales compiten entre sí.

Incluso, tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea firme en continuar aún teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones.

Y si bien esta sentencia cuya aplicación se solicita por los apelantes, se cita aquella de radicado SL 413 de 2018 proferida por la Sala de Casación Laboral con MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Acevedo, como precedente para referirse a la figura de **actos de relacionamiento**, en esta última providencia (SL 413) dicha teoría se aplica en torno a la afiliación tácita o traslado, pero frente al estudio de una pensión de sobrevivientes, sin que se este considerando la validez de los actos de relacionamiento en cuanto se analice la nulidad de un traslado de régimen por falta o ausencia de la debida información al momento de dicho traslado, como sí sucede en el presente asunto.

Tanto es así, que el problema jurídico determinado en la providencia SL413 de 2018 se circunscribe a esclarecer “si la afiliación a una administradora del sistema general de pensiones se perfecciona con el simple diligenciamiento, firma y tramitación del formulario de vinculación, o si, por el contrario, ese acto además requiere de las cotizaciones que permitan concretar la voluntad del afiliado”, habiéndose determinado lo siguiente:

Como puede advertirse, en estas hipótesis se le ha dado un lugar preeminente a la realización de cotizaciones (afiliación tácita) o al cese de ellas

(desafiliación tácita) como un claro reflejo de la intención del trabajador, más allá de la existencia del acto formal del diligenciamiento y entrega del formulario de vinculación o reporte de retiro. Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.

Del anterior análisis, es claro que en la sentencia SL 3752 de 2020 proferida por la Sala de Descongestión Laboral de la HCSJ se realizó un injerto jurídico, extrayendo una teoría normalmente utilizada en situaciones donde se discute una afiliación o desafiliación tácita frente a la pertenencia a un fondo o régimen, aplicándola en un caso que difiere por completo en su situación fáctica, para manifestar que actos como el moverse entre diferentes fondos privados pueda considerarse como una manifestación de una voluntad informada en caso de pretenderse la nulidad de un traslado de régimen, yendo en contravía de lo ya indicado por la Sala de Casación Laboral, en cuanto ha precisado 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 citada más recientemente en la sentencia SL 2877 de 2020).

Incluso, la misma Sala de Descongestión Laboral, en sentencia SL 4131 del 14 de septiembre de 2021 MP. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero se precisó lo siguiente:

Ahora, cabe puntualizar, que en este juicio la voluntad del demandante de cambiarse de régimen, no se ratifica con los cambios que el actor posteriormente hubiese efectuado en el RAIS con diferentes Fondos, ni siquiera si la última AFP Porvenir S.A. le brindó alguna información, dado que lo que produce la ineficacia del traslado es la actuación de la primera AFP Colfondos, que implica que deben «retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido», incluyendo lo referente a cualquier traslado entre Fondos, tal como se expuso en las decisiones CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ineficacia que, conforme a la aludida decisión CSJ SL1689-2019, implica que «desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis».

Es decir, que la ineficacia envuelve o consiste en estimar que el acto no se celebró y, por consiguiente, no puede producir efectos, en la medida que fue realizado en contravención a los mandatos legales y obviando los requisitos y presupuestos establecidos.

En ese orden de ideas, la falta de información no se subsana por los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en el régimen de ahorro individual con solidaridad. (negrita y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, esta Sala de Decisión considera acertado apartarse de lo reglado en la ya mencionada y citada sentencia SL 3752 de 2020 y por tanto no dar aplicación a la teoría de los actos de relacionamiento frente a la solicitud de una nulidad de traslado de régimen.

Lo precedente, a pesar de lo indicado en la sentencia SL 4420 de 2021 proferida por la Sala de Descongestión Laboral con MP Dra. Ana María Muñoz Segura, en el sentido de que *“resulta importante destacar que la teoría de los actos de relacionamiento no constituye precisamente un cambio de jurisprudencia o una modificación al criterio asentado por la Sala Permanente frente a los casos de nulidad de traslado que se discuten. Lo anterior, en tanto que ha sido esta Corporación la que ha forjado una línea de pensamiento tendiente a priorizar los comportamientos de las afiliadas respecto de las formalidades que en muchas ocasiones consagra la ley como requisito para constituir un acto jurídico. En ese sentido, la Sala construye sus fallos y resuelve los escenarios tanto fácticos como jurídicos que en sede extraordinaria se plantean, a partir de las diferentes reglas que se han venido consolidando jurisprudencialmente. Con lo cual, no se trata de ser estáticos ni asumir el rol de meros repetidores judiciales, sino de entender los diferentes escenarios en los que discurren las controversias laborales y de seguridad social para así darles una solución integral y acorde con los postulados propios de un órgano de cierre”*.

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 S.A., 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 la demandante YANETH FABIOLA CARVAJAL ROLON por lo que, en esta instancia se ACLARA lo resuelto por el juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que COLPATRIA 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 agosto de 1994, 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 COLPATRIA S.A., hoy 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 el fondo privado COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., y de este a los fondos PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA, S.A. las cosas deben retrotraerse como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución por parte de dichos fondos privados a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, 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, debiéndose entonces CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada y consultada.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Con respecto al llamamiento en garantía realizado por SKANDIA a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., con el fin de que sea esta última quien reembolse los valores pagados por concepto de seguro previsional obligatorio, evidente surge que el mismo se escapa de la órbita de este juez laboral.

Frente a esta figura, se tiene que la misma está consagrada en el artículo 64 CPG, explicándose allí que “Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o

quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”.

Se concluye entonces, que dicha figura se activa en situaciones tales como la existencia del cubrimiento de pagos o indemnizaciones a favor de un tercero beneficiario en virtud de la adquisición de una póliza de seguro, o de obligaciones solidarias emanadas de la ley, casos en los cuales el convalidado a juicio considera que es un tercero quien está llamado a responder total, parcial o solidariamente, en virtud de la ley o de un contrato, por obligaciones que son pretendidas en el proceso.

Y no, como mal lo pretende SKANDIA, cuando sea la misma parte quien deba restituir o pagar cierto monto de dinero a la parte activa, y no exista en cabeza de un tercero, en este caso MAPFRE, una obligación legal de reembolsar dichas sumas que sea proveniente de un cubrimiento de una póliza de seguros, contienda esta, que deberá ventilarse frente a la jurisdicción civil, teniendo como fuente de las obligaciones el contrato que haya sido suscrito entre dichas partes, las cuales son ajenas al asunto que hoy aquí se analiza, debiéndose confirmar lo resuelto por la Juez A quo en este sentido.

CUARTO 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 las entidades demandadas Colpensiones, y SKANDIA, 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, por lo que al resultar estas entidades vencidas en juicio, es procedente la condena impuesta por el A quo, debiéndose CONFIRMAR la misma.

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., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN, S.A, SKANDIA, S.A. y en favor de la demandante, confirmándose así mismo las costas a cargo de SKANDIA S.A., y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., por la absolución del llamamiento en garantía.

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,

III. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 28 de enero de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a las partes vencidas en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a cada una de las entidades demandadas, 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, la suma de

CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A., PORVENIR, S.A., SKANDIA, S.A., PROTECCIÓN, S.A. y en favor de la demandante.

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. 116, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 17 de noviembre de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-004-2017-00123-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18949
DEMANDANTE: LUIS OVIDIO ACEVEDO CONTRERAS
ACCIONADOS: SIGMA LTDA
TEMA: CULPA PATRONAL
Ref.: CONSULTA.

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021).

Se surte el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha 05 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, con radicado interno No. 54-001-31-05-004-2017-00123-00 y Partida del Tribunal No. 18949 promovido por el señor LUIS OVIDIO ACEVEDO CONTRERAS a través de apoderado judicial, contra la empresa SIGMA LTDA. representada legalmente por DUARTE QUINTERO MARITH MILDRETH y contra las personas naturales que conforman la sociedad limitada, los señores JOSE HAIL DUARTE QUINTERO, MIGUEL ANGEL DUARTE QUINTERO, JESUS JAVIER DUARTE QUINTERO y las señoras AURYS JANETH DUARTE QUINTERO, MARITH MILDRETH DUARTE QUINTERO y DENNIS DORABETH DUARTE QUINTERO.

I. ANTECEDENTES

El señor Luis Ovidio Acevedo Contreras por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral para que se condene a la empresa empleadora SIGMA LTDA y a las personas naturales que conforman la sociedad limitada, al pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios por las secuelas definitivas por accidentes de trabajos o enfermedades laborales por culpa patronal por el valor de doscientos ochenta y tres millones quinientos nueve mil doscientos noventa y cuatro pesos: \$225´437.733 más perjuicios morales de acuerdo a la pérdida de capacidad laboral definitiva, de manera indexada y sea condenada en costas procesales generadas dentro del proceso judicial.

II. HECHOS.

El demandante sustenta las pretensiones alegando que empezó a trabajar al servicio de la empresa SIGMA LTDA., desde el día **28 de noviembre del 2008 hasta el día 30 de septiembre del 2014**. Que realizo labores como operador de carga manual de los hornos de propiedad de la demandada, realizando movimientos repetitivos con los brazos levantados, alzando un peso integral de 10kilogramos por encima de los hombros a una altura de 3 a 6 metros a otro compañero que estaba en un andamio. Empuje de carreta con peso de más de 1040 kilogramo de peso. Repaleaba en jornadas de ocho (8) horas laborales. Que devengó un salario mínimo legal mensual vigente más auxilio de transporte. Que la ARL POSTIVA pagó por auxilio de incapacidades UN (1) salario mínimo legal mensual vigente para el año 2014 hasta el año 2016. Que al inició del contrato, sólo recibió una capacitación de salud ocupacional por espacio de 10 minutos, pero la empresa no confirmó la eficacia del entendimiento de la capacitación en salud ocupacional. Que la empresa nunca le entregó elementos para medir el peso del objeto a levantar, para medir la fuerza de empuje, no entregaba botas y los terrenos eran irregulares y se desgastaban con facilidad; que trabajó con hornos de altas temperaturas, que la empresa no dio inducción específica de las tareas a realizar, no dio reinducción, ni entrenamiento sobre los protocolos de seguridad, que realizaba las labores sin educación en higiene postural. Que el lanzamiento de tableta de tres (3) a síes (6) metros de altura, aumentó el sobreesfuerzo físico especialmente en su columna. Que nunca el encargado de seguridad, realizaba visitas al puesto de trabajo. Que la empresa no le practicó los exámenes médicos periódicos ocupacionales. Que la empresa no creó, el Comité de Salud Ocupacional. Que la empresa nunca realizó un mantenimiento específico a las carretas que se utilizaban para el transporte de materiales, no realizó pausas activas, dentro del proceso de levantamiento y empuje de carga, no existía buzón de sugerencias en materia de seguridad y salud ocupacional. **Que el día 12 de noviembre del 2011**, realizando las labores en la empresa, se agachó a recoger unas tabletas y cuando volvió a subir sintió un dolor muy fuerte en la espalda, evento que fue reportado ante la ARL POSITIVA el mismo día; que le determinaron una pérdida de capacidad laboral de 52.2% según la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ mediante dictamen del año 2016, circunstancia que le ha generado perjuicio moral junto a toda su familia (no puede hacer deporte como antes lo hacía; Perdió parte de su vida sexual con su pareja sentimental; Tiene episodios de depresión constantes. Persiste dolor en la espalda y hombros. No puede conseguir nuevo trabajo con otra actividad porque lo rechazan por su estado de salud. Se separó de la esposa a razón de problemas económicos y sentimentales).

III. CONTESTACIÓN DE LOS DEMANDADOS.

Los demandados JOSE HAIL DUARTE QUINTERO, MIGUEL ANGEL DUARTE QUINTERO, JESUS JAVIER DUARTE QUINTERO y las señoras AURYS JANETH DUARTE QUINTERO, MARITH MILDRETH DUARTE QUINTERO, DUARTE QUINTERO MARITH MILDRETH y DENNIS DORABETH DUARTE QUINTERO a través de apoderado judicial (fls.767-787) contestaron la demanda, negando parcialmente los hechos y se oponen a todas las pretensiones incoadas, alegando que el actor inició el contrato con SIGMA LTDA el 30 de septiembre de 2008 a término fijo de 3 meses y termino el 22 de diciembre de 2013 por causa legal prevista en el numeral 15 del art. 62 del CST; fue reintegrado por orden de tutela el 31 de marzo de 2014 hasta el 11 de agosto de 2014. Proponen como excepciones de mérito, la inexistencia de causa, la inexistencia de culpa, la falta de nexo causal, pago total y/o parcial, la prescripción.

La empresa SIGMA LTDA, mediante apoderado judicial contestó la demandada (fls.424-450), aceptando parcialmente los hechos, otros no le constan oponiéndose a todas las pretensiones, alegando que el actor inició el contrato con SIGMA LTDA el 30 de septiembre de 2008 a término fijo de 3 meses y termino el 22 de diciembre de 2013 por causa legal prevista en el numeral 15 del art. 62 del CST; fue reintegrado por orden de tutela el 31 de marzo de 2014 hasta el 11 de agosto de 2014; Que el Dictamen de PCL con 38.24% tiene como fecha de estructuración el 5 de julio de 2016, posterior a la desvinculación laboral. Propuso como excepciones de mérito, la inexistencia de causa, la inexistencia de culpa, la falta de nexo causal, pago total y/o parcial, la prescripción.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Tramitada la Litis, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de 05 de febrero de 2020, negó las pretensiones incoadas por el demandante; en consecuencia, declaró que hay resolución incita sobre las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas procesales al demandante en la suma de un salario mínimo legal vigente para el año 2020 a favor de cada una de las demandadas para un total de \$1.755.606.

El Juez A quo determinó que el contrato de trabajo entre las partes inició el 30 de septiembre de 2008 (fl.244 expediente) y terminó mediante decisión unilateral del empleador el 22 de diciembre de 2013, a través del comunicado del 6 de diciembre de 2013, en el que alega como justa causa, la incapacidad por más de 180 días (700 días al folio 245). Posterior a ello, el actor fue

reintegrado por orden constitucional y la empresa mediante correo electrónico del 12 de agosto de 2014, dio por terminado el contrato de trabajo, ante la falta de cumplimiento en acudir a la justicia ordinaria laboral para confirmar el reintegro otorgado en acción constitucional de tutela.

Que los testigos traídos por la demandada, manifestaron en forma concordante, que en la empresa a través de la resolución 2400 de 1979 se implementó el programa de salud ocupacional, que el Ministerio de Trabajo y la ARL realizaron constantes visitas sin objeciones a los puestos de trabajo, sin recomendaciones a las actividades desarrolladas o sugerencias de corto, mediano o largo plazo. Señalan que, en la empresa, no existen trabajadores con esas patologías padecidas por el actor de bursitis y trastorno de los discos lumbares, con igual o por lo menos 3 años de trabajo al igual que el demandante; que esas patologías por tiempo exposición en actividades afines y periodos largos, tiene licencia en salud ocupacional. De otro lado, restó credibilidad a las manifestaciones dadas por los testigos traídos por el demandante, por estar en contradicción con lo suscrito en el estudio del puesto de trabajo.

Respecto al cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, el Juez A quo estableció que de conformidad con las pruebas documentales aportadas, la empresa acreditó el cumplimiento de las normas de seguridad y salud ocupacional, realizando reuniones, charlas, inducción, reglas de pausas activas, la existencia del comité paritario de salud ocupacional, el reglamento de higiene en el trabajo; que no se encontró evidencia de sobreesfuerzo en el trabajo o exposición de riesgos según el análisis del puesto de trabajo.

Sobre la culpa patronal, indicó que no existe prueba que indique la responsabilidad exclusiva de la empresa en la generación de las consecuencias que se materializaron en la integridad física del actor, patologías de origen profesional o laboral; que, de acuerdo con los hechos debatidos en la demanda, no se plantearon cuales enfermedades profesionales eran las producidas por la actividad del actor.

Que la *prueba definitiva* es la vista al folio 674 del expediente, donde se determinó una pérdida de capacidad laboral definitiva según la junta de calificación nacional del 38,24%, sobre lo diagnósticos: “*otras bursitis infecciosas, trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía, dolor crónico intratable, trastorno depresivo recurrente, episodio moderado presente*”, origen de la enfermedad “laboral” con fecha de estructuración 5 de julio del 2016, esto último, dos años posterior a la desvinculación laboral.

En conclusión, determinó que no existe certeza de la culpa exclusiva del empleador, que no se demostró la relación causal entre el hecho de la falta de evaluación cada 6 meses como falencia dentro de la responsabilidad de

la seguridad social en salud y trabajo, y la patología padecida por el actor. Además, que encontró probado que el demandante trabajó para otras empresas donde para realizar su función tenía que hacer esfuerzo físico (folio 163 vuelto), por más de 21 años.

Que no existen antecedentes de manifestaciones sobre sintomatología presentada por el actor el Comité Paritario de Salud Ocupacional. Que el estudio el puesto el trabajo (folios 344 y siguientes), del marzo 21 del 2012, se reportan incapacidades que comprenden desde el 2011 hasta la terminación del vínculo contractual, para un total superior a 180 días.

V. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

En este punto, recuerda la Sala que el día diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021) se fijó en estado el auto que corrió traslado a las partes para que presentaron los alegatos en segunda instancia, iniciando por el demandante para que en el término de cinco (05) días hiciera uso de su derecho, y luego el mismo término para la demandada, sin embargo, hasta el ocho (08) de marzo del año en curso, las partes no se manifestaron, razón por la que, vencido el término para alegar, se procederá a resolver el objeto de la litis, teniendo en cuenta, las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Competencia.

La Sala asume la competencia para surtir el grado jurisdiccional de consulta según lo previsto en el artículo 69 del CST que fue adicionado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2007.

Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta que no existe discusión respecto a la relación de carácter laboral entre el demandante Luis Ovidio Acevedo Contreras en calidad de trabajador y la demandada SIGMA LTA., en calidad de empleador, además, de los extremos laborales, esto es, desde el 8 de septiembre de 2008 hasta el 12 de agosto de 2014 ejerciendo actividades de cargue y descargue de hornos en las instalaciones de la empresa ladrillera, el problema jurídico a resolver en esta instancia es:

Verificar si el empleador SIGMA LTDA, es responsable del reconocimiento y pago de la indemnización plena de perjuicios, como consecuencia de la culpa patronal prevista en el art. 216 del C.S.T., en relación con la enfermedad profesional padecida por el demandante Luis Ovidio Acevedo Contreras ante la presunta omisión en la prevención, control y vigilancia de la normatividad legal y reglamentaria de la seguridad y salud ocupacional como se arguye en la demanda; o de lo contrario, no se demostró la relación de causalidad entre la patología de origen laboral y la presunta omisión de las obligaciones del empleador como lo determinó el Juez A quo.

El Juez de primera instancia absolvió a la demandada de la culpa patronal prevista en el art. 216 del CST, argumentando principalmente la inexistencia del nexo causal entre la patología de origen laboral con la presunta omisión del empleador en el cuidado, vigilancia y control en las actividades de salud ocupacional que ejercía el demandante. Así mismo, aseguró que las declaraciones rendidas de testigos traídos por la parte actora, carecían de credibilidad, porque son discordantes con los supuestos del análisis del puesto de trabajo. También señaló que, la empresa cumplió con todas las normas de seguridad y la debida socialización, esto es, la realización periódica de charlas en salud ocupacional y autocuidado, la reglamentación de pausas activas durante la jornada laboral, la existencia del comité paritario de salud ocupacional, la vigilancia y control por parte de la dependencia encargada de salud ocupacional respecto de las formas y reglas de la realización de las actividades, posturas, levante de cargas y peso adecuado de las mismas, entre otros; por último, indicó que, no existía certeza que la enfermedad laboral sufrida por el demandante, hubiese sido consecuencia o fue adquirida por razón a la actividad ejercida con la empresa demandada, todo ello, conforme se expuso en el análisis del puesto de trabajo realizado por la ARL POSITIVA y teniendo en cuenta que, dentro del plenario se demostró que el demandante estuvo expuesto a riesgos laborales por un tiempo largo en empresas anteriores, además, que la estructuración de la enfermedad tiene fecha posterior a la desvinculación laboral.

Culpa Patronal.

Así las cosas, se rememora que el artículo 216 del C.S.T dispone: “Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente del trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo”

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

“la condena a la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 Código Sustantivo del Trabajo, debe estar precedida de la **culpa suficiente del empleador** en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita además de la **demostración del daño** originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que **la afectación a la integridad o salud** fue consecuencia de su **negligencia en el acatamiento** de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores”.

En efecto, el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, prevé sobre las obligaciones especiales del empleador *«poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores»*; así como también la de *«Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades laborales en forma que garanticen razonablemente la seguridad y la salud»*; que, por su parte, el artículo 348 *ibidem*, en relación con las medidas de higiene y seguridad en el trabajo, dispone que *«todo empleador o empresa están obligados a suministrar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores»*, y el artículo 21 del Decreto 1295 de 1994 reiteró la obligación que tienen los empleadores de procurar el cuidado en la salud de los trabajadores y sus ambientes de trabajo.

El artículo 84 de la Ley 9 de 1979 por la cual se dictan medidas sanitarias, estableció que, entre otras obligaciones, los empleadores están impelidos a proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad; establecer métodos de trabajo con el mínimo de riesgos para la salud dentro de los procesos de producción; cumplir y hacer cumplir las disposiciones relativas a salud ocupacional; responsabilizarse de un programa permanente de medicina, higiene y seguridad en el trabajo destinado a proteger y mantener la salud de los trabajadores; adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los trabajadores mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo y realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y acerca de los métodos de su prevención y control.

En esa misma línea, el 2° de la Resolución número 2400 de 1979 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, hoy Ministerio del Trabajo, estableció que los empleadores deben mitigar los riesgos, prevenir la posible afectación de la salud de sus trabajadores y proveerles condiciones seguras de trabajo.

Debe precisarse que aun cuando las obligaciones estatuidas a cargo del empleador en los artículos 56 y 57 numeral 2º del CST **son de medio y no de resultado**, pues, en general resulta imposible eliminar totalmente en la práctica los infortunios del trabajo, en todo caso la obligación del empleador, conforme a la última disposición legal referida, es la de procurar suministrar a los trabajadores elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales y una debida supervisión del trabajo a realizar, en forma tal que se le garantice «razonablemente» al trabajador su seguridad y su salud. (ver sentencia SL3860/2020).

En cuanto a la carga probatoria, la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias del 16 de abril de 2016, SL5619-Radicado 47907 y SL1525 del 2017 entre otras, dispuso que cuando se trata de un **acto omisivo por parte del empleador en desarrollo de sus obligaciones legales** y como consecuencia se produjo el accidente o enfermedad laboral, **la carga de la prueba se invierte**, y es a este último a quien le corresponderá probar que actuó con diligencia y precaución para proteger la salud y la integridad de sus trabajadores.

Bajo estas circunstancias, cuando el empleador tiene conocimiento del factor de riesgo a los que están sujetos sus trabajadores, debe tomar las medidas necesarias para tratar de evitarlo, ya que, si ocurre un evento relacionado con ese factor de riesgo, debe responder por tal omisión, y la única forma de exonerarse de la obligación de reparar el daño, son las causales de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

De otro lado, también se exige al trabajador la obediencia sobre todas y cada una de las medidas de seguridad que para el efecto haya precavido el empleador, además de la asistencia de aquél a los cursos de capacitación que sobre el tema se hayan planeado, seguir los protocolos previstos para el ejercicio del trabajo direccionados a disminuir los riesgos, el uso adecuado y oportuno de los elementos de seguridad que se le hayan entregado, amén de la diligencia y cuidado extremos por parte del trabajador en todo momento de sus actuaciones laborales, a fin de evitar o disminuir los riesgos que puedan afectar no solo la vida del trabajador, sino la de sus compañeros y los bienes de la empresa.

Reglamentación Enfermedades Laborales.

Por otra parte, según el artículo 4º de la Ley 1562 de 2012, “*Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la **exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar.** El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre*

la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes”.

El literal m) del artículo 1 de la Decisión 584 de 2004 del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones - CAN, define la enfermedad profesional como la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral.

El mecanismo tradicional de identificación de la relación de causalidad entre un trabajo y una enfermedad consiste en su inclusión en la tabla legal de enfermedades profesionales.

En principio, el Decreto 1832 de 1994 y posteriormente el Decreto 2566 de 2009 establecían las Tablas de Enfermedades Profesionales que incluían 42 patologías taxativas y la posibilidad de que en los casos en que la enfermedad no figure en la tabla se deba determinar la relación de causalidad entre el factor de riesgo y la enfermedad. Finalmente, el **Decreto Ley 1477 de 2014**, vigente en la actualidad, adopta la nueva tabla de enfermedades laborales, basada en el concepto previo favorable del Consejo Nacional de Riesgos Laborales, emitido en las sesiones 71 y 74 del 11 de junio y 20 de noviembre de 2013, respectivamente.

De otro lado, según el art. 1º de la Resolución No.2844 de 2007 del Ministerio de la Protección Social, las enfermedades laborales en mayor proporción son:

- a) Dolor lumbar inespecífico y enfermedad discal relacionados con la manipulación manual de cargas y otros factores de riesgo en el lugar de trabajo;
- b) Desórdenes músculo-esqueléticos relacionados con movimientos repetitivos de miembros superiores (Síndrome de Túnel Carpiano, Epicondilitis y Enfermedad de De Quervain);
- c) Hombro doloroso relacionado con factores de riesgo en el trabajo;
- d) Neumoconiosis (silicosis, neumoconiosis del minero de carbón y asbestosis);
- e) Hipoacusia neurosensorial inducida por ruido en el lugar de trabajo.

Parágrafo. Las Guías de Atención Integral de Salud Ocupacional que se adoptan mediante la presente resolución serán de obligatoria referencia por parte de las entidades promotoras de salud, administradoras de riesgos profesionales, prestadores de servicios de salud, prestadores de servicios de salud ocupacional y empleadores, en la prevención de los daños a la salud por causa o con ocasión del trabajo, la vigilancia de la salud, el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de los trabajadores en riesgo de sufrir o que padecen las mencionadas patologías ocupacionales.

Artículo 2°. Revisión y actualización. Las Guías de Atención Integral de Salud Ocupacional adoptadas mediante la presente resolución serán revisadas y actualizadas como mínimo cada cuatro (4) años.

De conformidad con lo anterior, el Ministerio de Trabajo expidió 10 Guías de Atención Integral en Seguridad y Salud en el Trabajo, que tienen como fin orientar a los diferentes actores del Sistema de Riesgos Laborales, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, pacientes y ciudadanos para realizar actividades generales de prevención, vigilancia, diagnóstico e intervención ocupacional.

Las mencionadas guías, fueron elaboradas con el objetivo de realizar el **diagnóstico precoz de la enfermedad laboral**, para tratar y rehabilitar a los trabajadores que tienen el riesgo de padecerlas; así, se tiene que, para las patologías que nos ocupa el interés, “otros trastornos de los discos intervertebrales” y “hombro doloroso” los factores de riesgo ocupacionales, las acciones preventivas y el control-vigilancia según las Guías son:

TRASTORNO DE DISCOS LUMBARES		
Factores de Riesgo	Intervenciones Preventivas	Vigilancia Salud Ocupacional
BIOMECANICOS Trabajo físico pesado (levantar, empujar y manejo de materiales (pesado)) >12.5 kg > 25 kg Movimientos repetitivos (Jardinería, construcción, conducción) Actividad laboral de pie o caminando (> 2 horas) sentado en el trabajo Actividades de flexión/rotación del tronco en el trabajo (>2 horas/día)	Identificación de peligros a través de la <u>matriz de identificación de peligros y valoración de riesgos</u> , listas de chequeo o de verificación orientadas a la identificación de condiciones de riesgo ocupacional para enfermedad dorso lumbar.	<u>Seguimiento anual</u> de los individuos expuestos a condiciones laborales de riesgo para presentar enfermedad dorsolumbar
FISICOS Actividades de vibración corporal en el trabajo Cuerpo completo (>10 horas por semana) Localizado	<u>Realizar valoración de la carga física</u> con herramientas validadas con el fin de establecer un inventario de riesgos, Identificación, evaluación y control de los riesgos presentes en el puesto de trabajo (incluido el entorno), mediante la intervención ergonómica incluyendo aspectos de diseño del puesto de trabajo, manejo de cargas, superficies de trabajo, dimensiones de los objetos manipulados.	<u>Evaluación médica de ingreso</u> a la actividad laboral para identificar factores de riesgo individuales y laborales relacionados con enfermedad dorsolumbar
PSICOSOCIALES Percepción del trabajo Apoyo social en el trabajo	<u>No se recomienda</u> el uso del soporte lumbar o cinturón	Examen Médico Periódico

HABITOS DE VIDA Consumo de cigarrillo Obesidad	Se sugiere incluir programas de actividad física para el fortalecimiento físico en los individuos en actividades de riesgo para enfermedad dorso lumbar	Examen físico ocupacional se incluya la valoración de la postura, marcha, evaluación osteomuscular y neurológica con énfasis en la alineación de toda la columna vertebral, la fuerza muscular de los para espinales y de los músculos de las extremidades inferiores.
HOMBRO DOLOROSO		
Factores de Riesgo	Intervenciones Preventivas	Vigilancia Salud Ocupacional
Factores de riesgo biomecánicos: Carga de peso > 20 Kg Empuje o arrastre de cargas > 35 Kg Elevación de brazo a 90° o más Postura sostenidas de brazos superior a nivel del hombro Uso de mouse superior de 29 horas por semana. Uso de teclado superior a 15 horas a la semana Actividades repetitivas por más de 2 horas.	Realizar ejercicios para los músculos de cuello y hombro , bajo el siguiente esquema: mínimo 3 sesiones por semana cada una de aproximadamente 20 minutos.	vigilancia y control de las condiciones de salud de los trabajadores y las condiciones del ambiente y organización del trabajo.
Factores individuales: Edad, aumento de riesgo a mayor edad.	Que el trabajador realice pausas activas diariamente adicionales a las pausas dirigidas.	Aplicar un cuestionario de evaluación de factores de riesgo al trabajador de manera periódica
	Programas de prevención que incluyan componentes de educación, diseño y rediseño de la estación de trabajo y organización del trabajo.	
	Se sugiere un adecuado diseño de puesto de trabajo , utilizando mecanismos para graduar los planos de trabajo y zonas de alcance	
Factores psicosociales: Insatisfacción laboral. Percepción de esfuerzo físico. Alta demanda laboral	Identificar los factores relacionados con carga física , organización del trabajo, psicosociales e individuales, para determinar el riesgo de presentar hombro doloroso relacionado con el trabajo.	

El dolor lumbar hace parte de los desórdenes musculoesqueléticos relacionados con el trabajo que incluyen alteraciones de músculos, tendones, vainas tendinosas, síndromes de atrapamientos nerviosos, alteraciones articulares y neurovasculares. La Organización Mundial de la Salud (OMS) lo incluye dentro del grupo de “*desordenes relacionados con el trabajo*”, porque ellos pueden ser causados tanto por exposiciones ocupacionales como por exposiciones no ocupacionales.

De la misma forma, se destaca de las recomendaciones generales, las de **(i)** realizar la identificación de peligros, auto reportes de condiciones de trabajo, inspecciones estructuradas de condiciones de trabajo con exposición a factores de riesgo de enfermedad dorso lumbar, **(ii)** realizar valoración de la carga física con herramientas validadas con el fin de establecer un inventario de riesgos, establecer prioridades de intervención y verificar el impacto de las acciones para el control. **(iii)** identificación, evaluación y control de los riesgos presentes en el puesto de trabajo (incluido el entorno), mediante la intervención ergonómica, incluyendo aspectos de diseño del puesto de

trabajo, manejo de cargas, superficies de trabajo, dimensiones de los objetos manipulados, ayudas mecánicas, herramientas, materiales y equipos, organización del trabajo, aspectos psico laborales. **(iv)** promoción de estilos de vida y trabajo saludables, haciendo énfasis en la identificación y corrección de factores de riesgo modificables presentes en el puesto de trabajo (incluido el entorno), mediante la asesoría del sitio de trabajo. **(v)** desarrollo de programas ergonómicos permanentes en el trabajo, orientados en la identificación de situaciones de riesgo laborales para enfermedad dorso lumbar. No se recomienda el uso del soporte lumbar o cinturón ergonómico como intervención preventiva; entre otros.

En conclusión, el empleador debe ser conocedor de los factores de riesgos y tiene el deber legal de usar las medidas preventivas necesarias para mitigarlos, tanto de control como de revisión y mantenimiento, y ante las eventualidades propias de cada actividad, las únicas causales de exoneración ante un daño o lesión son: la culpa exclusiva de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor; de la misma manera, al trabajador le corresponderá seguir con obediencia absoluta, las medidas tomadas para la protección en salud ocupacional, que se encausan a la participación constante de las actividades de cuidado y control de riesgos.

De otro lado, para determinar la culpa suficiente del empleador en la generación de la enfermedad o del accidente de trabajo, deberá estar demostrado que la exposición de los factores de riesgo inherentes a la actividad ejercida por el trabajador, no fue prevista, controlada ni mitigada, única y exclusivamente por negligencia del empleador en el acatamiento de los deberes anteriormente mencionados.

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

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

Con la salvedad de que, al demostrarse que el empleador incurrió en omisión en el deber de protección y seguridad, la carga de la prueba se invierte, es decir, le corresponderá al empleador acreditar que actuó con diligencia y precaución para proteger la salud y la integridad de sus trabajadores.

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

Caso en concreto.

Descendiendo al caso analizado, se hace necesario precisar que, la parte demandada alega omisión por parte del empleador, en realizar actividades de prevención, cuidado, control y supervisión como causante de la enfermedad laboral padecida por el demandante, especialmente, dice que nunca realizó evaluación de entendimiento sobre las presuntas capacitaciones en las actividades laborales, que no hubo vigilancia y control en las condiciones del puesto de trabajo; que las actividades fueron desarrolladas con sobreesfuerzo; que el examen de ingreso mostró sin patologías; que hubo exposición de riesgos en el puesto de trabajo entre otras, luego entonces, para efectos de establecer el nexo causal del empleador con el hecho dañino, así como la culpa, es indispensable traer el marco jurídico obligacional anteriormente expuesto, y, adecuarlo a la valoración integral de las pruebas documentales aportadas y las declaraciones rendidas en audiencia, para establecer si los alegados incumplimientos infieren en la generación de la enfermedad laboral.

Pruebas documentales-demandante.

Bajo esas condiciones, no es un hecho discutible que el señor Luis Ovidio Contreras sufrió un accidente de trabajo el día **11 de noviembre de 2011 y que fue reportado ante la ARL POSITIVA** (fl.10) donde se explicó: “...se encontraba descargando material tableta cuando de repente se agacha y siente un fuerte dolor en la espalda impidiéndole continuar con sus labores...”. Accidente que fue calificado por la ARL POSITIVA el 23 de enero de 2012 con PCL 0%, Diagnósticos de “lumbago resuelto medicamente y radiculopatía no derivada de AT” (fls.368-371).

Así mismo, se extrae del **estudio de puesto de trabajo realizado por la ARL POSITIVA el 21 de marzo de 2012** (fls.75-82 y 344-358), que el señor Luis Ovidio Acevedo, en el cargo de obrero de cargue y descargue de 43 años (para la fecha del estudio), trabajó desde el año 1988 hasta el 2001 (13 años) en el oficio de TREFILAR materiales (RAE: reducir un metal a alambre o hilo pasándolo por una hilera). Desde el año 1997-2005 de ayudante-oficios varios en una finca y desde el mes de septiembre hasta diciembre de 2008 como operario de empaque y patio y, desde enero de 2009 hasta enero de 2012 (3 años) de operario de cargue y descargue en la empresa demandada ya que desde el 16 de enero de 2012 está incapacitado. Que en la empresa demandada trabaja 8 horas diarias de lunes a viernes, pausas de 15 minutos en la mañana y 30 durante el mediodía, que no hay pausas activas. Que refiere síntomas **desde agosto de 2011** cuando resbaló trasladando una carreta, presentó dolor lumbar y fue hospitalizado por 3 días, se reintegró 10 días y en noviembre presentó nuevamente dolor y fue remitido con especialista neurocirujano y terapias

físicas. Que las actividades las desarrollaba al aire libre en terreno que podía ser estable, fangoso, con irregularidades (baches, rocas) depresiones e inclinaciones. Que el cargo implicaba las labores de carga de tabletas, las tomaba en arrumes desde el nivel del suelo hasta los 1.30 mt de altura, las situaba en la carreta, desplazándolas hacia el horno para posteriormente descargarlas en este y volver al punto de partida; aproximadamente 80 viajes, también realizaba actividades de botar material una vez por semana en promedio 97 viajes. Que el empleador entregó uniforme, botas de caucho, casco, guantes, gafas de seguridad y mascarilla.

En resumen, la ARL POSITIVA determinó: que las actividades del cargo se realizaban en rotación diaria o semanal, realizando durante la totalidad de la jornada laboral, las tareas de cargar tabletas, el 80% en descargar tabletas, trasladar carretas y organizar el material, el porcentaje restante en desplazamientos y tiempos de descanso programado. Que se evidenció levantamiento de peso promedio de 10 kg en las tabletas y la carreta sin carga 140 kg y con carga 900 kg. No está expuesto a vibraciones, que la exposición de altas temperaturas con ventiladores industriales durante las tareas.

Por otra parte, se hace preciso señalar que el actor desde el mes de enero de 2012 estuvo incapacitado y tanto la ARL POSITIVA, EPS COOMEVA, la JRCI de Norte de Santander y la JNCI calificaron las patologías padecidas por el señor Luis Ovidio Contreras de origen enfermedad laboral de la siguiente forma:

- 1)** Dictamen No. 477929 del 11 de marzo de 2014 proferido por la ARL POSITIVA (fl.90-94) con PCL 13.60%, diagnósticos de DISCOPATÍA LUMBAR L3-L4, L4-L5 CON HERNIAS DISCALES SIN RADICULOPATÍAS. Factores de riesgos en la empresa demandada: FISICOS, ERGONÓMICOS Y MECANICO.
- 2)** Dictamen No. 5368 del 06 de mayo de 2014 proferido por la JRCI de Norte de Santander (fl.102-105) con PCL 22.00%, diagnósticos de TRASTORNOS DE DISCOS INTERVERTEBRALES y LUMBAGO NO ESPECIFICO, fecha de estructuración: 18 de octubre de 2013. Origen profesional.
- 3)** Dictamen No. 547 del 26 de junio de 2015 proferido por la JNCI (fl.114-118) con PCL 10.11%, diagnósticos de BURSITIS DE HOMBRO, fecha de estructuración: 28 de mayo de 2014. Origen enfermedad profesional.
- 4)** Dictamen No. 551000 del 29 de julio de 2014 proferido por la ARL POSITIVA (fl.95-101) con PCL 8.42%, diagnósticos de BURSITIS HOMBRO DERECHO. Factores de riesgos en la empresa demandada: FISICOS, ERGONÓMICOS Y MECANICO.

- 5) Dictamen No. 547869 del 28 de agosto de 2014 proferido por la JNCI (fl.106-109) con PCL 18.80%, diagnósticos de TRASTORNOS DE DISCOS INTERVERTEBRALES y LUMBAGO NO ESPECIFICO, fecha de estructuración: 18 de octubre de 2013. Origen enfermedad profesional.
- 6) Dictamen No. 5960 del 28 de octubre de 2014 proferido por la JRCI de Norte de Santander (fl.110-113) con PCL 19.51%, diagnósticos de BURSITIS DE HOMBRO, fecha de estructuración: 28 de mayo de 2014. Origen enfermedad profesional.
- 7) COOMEVA EPS el día 09 de febrero de 2016 determinó origen de la enfermedad TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE (F331) como profesional (fl.119-122), el 11 de febrero de 2016, determinó como origen profesional la enfermedad DOLOR CRÓNICO INTRATABLE (fls.123-126).
- 8) Dictamen No. 951238 del 11 de julio de 2016 proferido por la ARL POSITIVA (fl.84-89) con PCL 29.51%, diagnósticos de BURSITIS HOMBRO, TRASTORNOS DE DISCOS INTERVERTEBRALES, TRASTORNO DEPRESIVO, DOLOR CRÓNICO INTRATABLE CIATICO, fecha del siniestro: 25 de noviembre de 2013. Factores de riesgos en la empresa demandada: FISICOS, ERGONÓMICOS Y MECANICO.
- 9) Dictamen No. 7177/2016 del 05 de octubre de 2016 proferido por la JRCI de Norte de Santander (fl.127-131) con PCL 52.07%, diagnósticos de BURSITIS HOMBRO, TRASTORNOS DE DISCOS INTERVERTEBRALES-LUMBAGO NO ESPECIFICO, TRASTORNO DEPRESIVO, DOLOR LUMBAR CRÓNICO INTRATABLE CIATICO, fecha de estructuración: 05 julio 2016. Origen profesional.
- 10) Sobre el anterior dictamen fue interpuesto recurso de reposición y apelación por parte de la ARL POSITIVA y la JNCI Sala 2 del 8 de marzo de 2017 mediante dictamen No.5478693-2893 determinó un 38.24% de PCL con fecha de estructuración: 05 julio 2016. Origen profesional. Con diagnósticos de: OTRAS BURSITIS INFECCIOSAS, TRASTORNOS DE DISCOS LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATIA, TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE, DOLOR LUMBAR CRÓNICO INTRATABLE (fl.373 y 669-674).

EL DAÑO -ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL-

De las pruebas anteriores, se logra acreditar que el demandante padece **patologías de origen laboral**, *“trastorno de los discos intervertebrales, no específico”, bursitis de hombro “dolor crónico intolerable”,* que desencadenó y/o generó las secuelas de *“radiculopatía lumbar y trastorno depresivo recurrente”,* también calificados como enfermedades de origen laboral, por la EPS COOMEVA y ratificado por la ARL POSITIVA, la primera entidad, que expresamente indica: *“se puede concluir que el trabajador presentó trastorno depresivo secundario a dolor lumbar crónico, adicionalmente con conflicto laboral posterior al cual aparece la patología y que según psiquiatría, sería la generadora de la misma...”* (fls.659 reverso).

En este orden de ideas, las patologías reseñadas, especialmente la BURSITIS DE HOMBRO y el TRASTORNO DE DISCOS INTERVERTEBRALES lumbar, fueron adquiridas por el demandante Acevedo Contreras por causa o con ocasión de las actividades desarrolladas con la empresa demandada SIGMA LTDA, y no es cierto lo argumentado por el Juez A quo cuando señaló que no existía certeza de la fecha exacta del origen del padecimiento, presuntamente porque el actor trabajó en años anteriores, en actividades que requerían esfuerzo físico, en primer lugar, porque el primer síntoma *dolor lumbar* según el estudio del puesto de trabajo, lo presentó en el mes de **agosto de 2011**, cuando llevaba 2 años realizando las labores para la empresa demandada, además, a folio 319 se observa el certificado de aptitud laboral expedido por la entidad ASSOT de salud ocupacional el 12 de septiembre de 2008, o certificado de ingreso, donde se registró DX: SANO al demandante en el cargo de OPERADOR DE EMPAQUE; luego entonces, si bien es cierto, las autoridades competentes de la calificación del origen de la enfermedad determinaron en última instancia que la fecha de estructuración de la PCL fue en el 05 de julio de 2016, esto es, 2 años posterior a la terminación del contrato de trabajo, se rememora que cuando se trata de enfermedades a diferencia de los accidentes laborales, la fecha de estructuración varía dependiendo de las secuelas, de la aparición del primer síntoma y/o de la aparición de síntomas paulatinos y progresivos, circunstancias que se demostraron con los argumentos sostenidos en las calificaciones de pérdida de calificación de invalidez, donde desde el 2011 hasta el 2016, las patologías aumentaron, iniciando con dolor lumbar, lumbago no específico, bursitis de hombro, radiculopatía, hernia discal, trastorno depresivo hasta llegar a un dolor crónico intratable, aun teniendo como hecho principal, que al actor desde el mes de enero de 2012 se le expidieron incapacidades médicas hasta el 2014, esto es, no pudo reintegrarse laboralmente, hecho sobre el cual tenía conocimiento la empresa demandada.

Por otra parte, se demostró que las patologías padecidas por el actor, según las Juntas de Calificación de la Invalidez, LA ARL POSITIVA y la EPS

COOMEVA, tienen su origen en la exposición de los **factores de riesgos físicos, ergonómicos y mecánicos** tales como: “...el cargo implicaba las labores de carga de tabletas, las tomaba en arrumes desde el nivel del suelo hasta los 1.30 mt de altura, las situaba en la carreta, desplazándolas hacia el horno para posteriormente descargarlas en este y volver al punto de partida...”, y “...Que se evidenció levantamiento de peso promedio de 10 kg en las tabletas y la carreta sin carga 140 kg y con carga 900 kg...”; ; todo ello, según lo previsto en las “guías de atención integral de Seguridad y Salud en el Trabajo para dolor lumbar inespecífico y enfermedad discal” analizadas en renglones anteriores, así como lo dispuesto en los Decretos 1832 de 1994, 2566 de 2009 y 1477 de 2014 respecto a la tabla de enfermedades profesionales, precisándose de esta manera, la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad o, exposición de factores de riesgos inherentes a la actividad laboral.

De la misma manera, las patologías fueron calificadas por las autoridades competentes en su oportunidad y a medida que los síntomas se exteriorizaban; se itera, desde el mes de agosto de 2011 se presentó el dolor lumbar según el estudio del puesto de trabajo; igualmente, que para la fecha en que se realizó el estudio del puesto de trabajo, esto es, en marzo de 2012, el actor tenía de antigüedad en la empresa **3 años y 6 meses**, realizando las labores de cargue y descargue de tabletas con dimensiones de 4 cmt de alto y 25 cmt de ancho, con peso de 3 kg, 5 kg, y 5.2 kg respectivamente, durante 8 horas diarias de lunes a viernes, con pausas de 15 minutos en la mañana y 30 durante el mediodía, sin pausas activas y que el **80% de la actividad laboral** era la de descargar tabletas y transportar la carreta sin carga de **140 Kg y cargada del 900 Kg, realizando entre 60-97 viajes de traslado;** adicionalmente, entre otras tareas realizadas, el trabajador le correspondía botar material una vez por semana, recogiendo manualmente el material desde el suelo para desplazarse 100 mt, y volcar el contenido de la carreta; también, empacaba material y secado de bloques.

Aunado a ello, según el estudio de puesto de trabajo, las actividades de cargue y descargue de tabletas en la carreta y en el horno, organizar el material, y el trasladar carretas, implicaba mayor fuerza y uso de los miembros superiores, el tronco y los miembros inferiores.

A pesar de que dicho hallazgo constituye un indicio importante para verificar la existencia o no de responsabilidad del empleador, ello no es óbice para imponer de forma automática, la condena al pago de la indemnización plena de perjuicios, pues se itera, la culpa patronal prevista en el art. 216 del CST, debe quedar **plenamente demostrada** y en este asunto, la inconformidad alegada por el actor, orientada a demostrar que la empresa demandada OMITIÓ realizar el **control, la supervisión y la vigilancia** de las normas de

salud ocupacional imperantes durante la relación laboral, en relación con el análisis del puesto de trabajo y condiciones estructurales del mismo, como por ejemplo, las “inadecuadas condiciones del puesto de trabajo”, “el sobreesfuerzo físico”, la “falta de pausas activas” el “control y mitigación de los factores de riesgo de la actividad laboral”; de la misma forma, sostuvo que las capacitaciones y/o charlas no fueron eficaces ni efectivas al no haberse realizado las evaluaciones de conocimiento en forma periódica.

De esta manera, se aclara que, **la causa médica, científica y ocupacional que originó las enfermedades laborales**, específicamente el “*trastorno de los discos intervertebrales, no específico*” y la “*bursitis de hombro*” según los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de la Invalidez, la ARL POSITIVA y COOMEVA EPS es la **exposición de los factores de riesgos físico, mecánicos y ergonómicos**, que se traducen Trabajo físico pesado (cargue y descargue de tabletas y el traslado de la carreta desocupada y cargada hasta con 900 kg de peso), al alzar o recoger del piso las tabletas con un peso aproximado de 2-5 kg, llenado la carreta con 20 tabletas en juegos de 2, realizando aproximadamente 80 a 97 viajes, durante toda la jornada laboral de 8 horas diarias, que generaba implicaciones de movimientos en los miembros superior e inferiores y el tronco.

CULPA DEL EMPLEADOR

En cuanto al segundo elemento, que lo es la culpa del patrono, en este caso la empresa SIGMA LTDA., debe decirse que debe analizarse la injerencia de la empleadora, ya sea por acción o por omisión, en el daño sufrido por su trabajador, así como el nexo o relación de causalidad entre estos; configurado lo anterior, se determina la responsabilidad del empleador por los daños producidos.

Luego entonces, se procederá a la valoración del caudal probatorio, con el fin de verificar si la demandada SIGMA LTDA adoptó en su oportunidad las medidas preventivas de seguridad y de salud ocupacional, requeridas para el oficio de cargue y descargue de tabletas, actividad catalogada como de alto riesgo o riesgo IV, que requiere del empresario, un cuidado especial para evitar un daño o en su defecto, disminuir los riesgos asociados al desarrollo de la labor; así es que, el empleador para exonerarse de la culpa por la generación de la enfermedad laboral, deberá demostrar que actuó con **diligencia y cuidado**, en razón a la estimación razonable del riesgo, llevando a cabo una eficiente actividad de **supervisión** para cumplir los protocolos establecidos.

Bajo estas condiciones, se revisarán las pruebas documentales aportadas por la empresa demandada, y sobre las cuales, el Juez A quo, determinó que no se demostró principalmente el nexo de causalidad entre la presunta omisión del empleador y el origen de la enfermedad por la actividad ejercida por el actor, además, consideró que, las declaraciones rendidas por los testigos traídos por la parte demandante, fueron contrarias a lo establecido en las pruebas documentales.

Pruebas Documentales-demandada.

En este sentido, a folio 319 se allegó el certificado de aptitud laboral expedido por la entidad ASSOT de salud ocupacional el 12 de septiembre de 2008 donde se registró DX: SANO al demandante en el cargo de OPERADOR DE EMPAQUE.

También se allegó el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial aprobado por el Ministerio de Protección Social mediante auto No 0221 de abril de 2005, donde se registra la clase de riesgo IV, los riesgos físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psicosociales, mecánicos entre otros (fls.247-252).

De igual forma, la Previsora S.A. expide certificación del programa de salud ocupacional el 18 de noviembre de 2008 (fl.253) y la visita realizada por dicha entidad el 24 de noviembre de 2008 (fls.254-256). Se aportaron dos constancias expedidas por el Ministerio de Protección Social sobre verificación de las normas y afiliación a la SGSS fechadas en abril de 2006 y noviembre de 2008 (fls.257-264).

Igualmente, se allegan documentos de inducción del personal operativo del 30 de septiembre de 2008, reinducción de personal de abril de 2009, marzo de 2009, entrega de dotación en abril, agosto, diciembre de 2009 y 2010 uniforme camisa y pantalón, botas de cuero, entrega de implementos de protección y seguridad personal todos firmados por el señor LUIS OVIDIO CONTRERAS (fls.265-300) y, las Actas firmadas por el COPASO de la empresa SIGMA durante los años 2012 y 2014 (fls.301-318).

El 05 de octubre de 2011 la empresa realizó una evaluación osteomuscular al actor, con resultados normales y firmado por el demandante. Igualmente, aparecen charlas de postura e higiene corporal, pausas activas, comunicación asertiva en el año 2010 y algunos meses de 2011 firmadas por el actor (fls.320-343).

Se allegaron las incapacidades médicas desde noviembre de 2011 hasta 2014 (fls.389-.423 y 546-554).

Por último, se aportó la Carta suscrita por SIGMA LTDA el 06 diciembre de 2013 dirigida al señor Luis Ovidio Acevedo Contreras, donde se le comunicó la terminación del contrato de trabajo por justa causa prevista en el numeral 15 del art. 62 literal a) del art. 62 del CST (fls.245) y, la Carta entregada el 11 de agosto de 2014 donde la empresa le comunica al señor Luis Ovidio Acevedo la terminación del contrato nuevamente luego de ser reintegrado por orden de tutela, en esta ocasión, según lo dispuesto en el art.8º del Decreto 2591 de 1991, argumentando que no acudió a la jurisdicción ordinaria laboral dentro de los 4 meses siguientes al fallo constitucional (fl.246).

De otra parte, la entidad GLOBAL SAFE SALUD el 10 de diciembre de 2015, presentó unas recomendaciones laborales para el actor, indicando las patologías de DISCOPATIA LUMBAR MULTIPLE, BURSITIS DE HOMBRO DERECHO E IZQUIERDO (fl.20), en la que se dispone que el paciente debe evitar halar o empujar pesos superiores a 5 kg, cambios de posición bípeda a sedante a tolerancia, debe evitar actividades que impliquen arrastre de cargas, o cualquier actividad que se considera trabajo pesado, debe evitar realizar actividades cuyas tareas tenga que levantar miembros superiores, evitar movimientos de flexión y extensión permanente de tronco, evitar desplazamientos por trayectos irregulares, inclinados y prolongados, entre otras.

Declaraciones.

La señora MARITH MILDRETH DUARTE QUINTERO en su condición de REPRESENTANTE LEGAL DE SIGMA LTDA, manifestó bajo juramento que la empresa existe una persona encargada de la salud ocupacional y la seguridad en el trabajo, quien dentro de sus funciones está la de realizar inspecciones a los lugares de trabajo y llevar el control de la manera cómo, los trabajadores o colaboradores están ejerciendo su labor mediante las reuniones de Comité Paritario, que se hacen en la planta con todos los líderes, dentro de los cuales está el encargado de la coordinación de la salud ocupacional y la seguridad en el trabajo y por los informes que ellos presentan; que a pesar de no haberse aportado en el proceso, se allegó al expediente las actas del Ministerio de la Protección Social quien realizó las visitas de verificación del cumplimiento de las normas de salud ocupacional y riesgos profesionales. Que el ISS ARL era la entidad encargada de enviar a las personas encargadas de realizar las charlas de capacitación y acompañamiento al desarrollo del programa de salud ocupacional. Aseguró que el señor Luis Ovidio Acevedo recibió el formato inducción personal operativo al momento de ingresar a trabajar en la empresa, en donde se

explica de forma generalizada la importancia de elemento de protección, seguridad industrial, prevención de accidentes y qué hacer en caso de accidente. Adicionalmente, dice que en forma periódica se realizaban charlas de instrucción con la terapeuta ocupacional de cómo hacer las pausas activas y los movimientos dentro del transcurso de su labor. Que las personas encargadas de las charlas eran, el señor Wilder Pérez de seguridad y salud en el trabajo, en este momento seguridad e higiene industrial y, el señor Miguel Angarita coordinador de la ISO. Aseveró que diariamente antes de iniciar la jornada se realizan charlas de cómo hacer las actividades y prevenir accidentes, además, las charlas mensuales de salud ocupacional de concientización y reinducción; que la empresa tiene un programa de prevención de riesgos ergonómicos, determinado en el reglamento de higiene y seguridad en el trabajo que fue aprobado en el 2005 por el Ministerio de Protección Social. En cuanto al sobre esfuerzo físico en la carga de la carreta y las tabletas de 1050 Kg, manifestó que el Seguro Social en ese momento, era quien realizaba el acompañamiento de riesgos laborales y determinó las cargas permitían. Insistió en que el trabajador laboró para empresas anteriores por espacio de 16 años y con SIGMA sólo 3 años desde el 2008 hasta el mes de noviembre de 2011 donde sufrió un accidente que fue calificado por la ARL en 0% de pérdida de capacidad laboral, desde entonces, no volvió a trabajar en la empresa demandada.

El demandante Luis Ovidio Acevedo Contreras manifestó bajo la gravedad de juramento que se encuentra pensionado desde agosto de 2018 por la ARL POSITIVA, a causa de unas patologías de origen laboral; aseguró que el señor Wilder Pérez era la persona encargada por SIGMA LTDA para estar pendiente del uso de los implementos de seguridad y protección en la empresa, el uniforme, los guantes, el casco, las botas y que los trabajadores terminaran rápido el descargue de los hornos. Que nunca recibió charlas de su parte. Que trabajó desde el 1988 a 1996 con la empresa Continental De Alambres, manejaba la máquina de trefilación de alambre, en el cargo de operario de maquinaria de trefilación, trefilan material, para estirar material, que empujaba entre 50-100 kg; que las mismas funciones la realizó en la empresa Mallas y Trefilados en los años 1996 a 2001; desde el 2001 hasta el 2005 trabajó en una finca cuidando ganado; aclaró que cuando ingresó a la empresa SIGMA LTDA en el año 2008, estaba en buenas condiciones de salud, que inicialmente cuadraba material en un patio, a los 15 días lo llamó el Ingeniero Víctor Mendoza y le dijo que si quería trabajar en el cargue y descargue de hornos, y desde entonces hizo ese oficio, sacar producción, cargar dos hornos, descargarlo y volverlo a cargar todo el día.

Explicó de la siguiente manera la actividad: "...que del horno sale lo que es la tableta y bloque, en una carretilla la llenan, que pesan más de 1 tonelada...que los compañeros ponen unos andamios y se suben y le tiran de 2 o 3 tabletas y las recibía... el que se descuidó, tenga en la cara...que las tabletas son de 25X25... llenaba la carretilla de 6 filas cada una y luego sacarla hacia fuera al horno para que el otro compañero la lleve hasta el patio...que empujaba la carreta unos 1000 metros de distancia...cargaba la

carreta y luego la descargaba...”.

La señora Emir Pabón Pabón manifestó bajo la gravedad de juramento que es de profesión tecnóloga en salud ocupacional con licencia en los servicios de prestación de seguridad y salud en el trabajo, labora con SIGMA y es la responsable de la ejecución del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo e ingresó desde el 2013; que llegó a reemplazar al señor Wilder Pérez, aseguró que desde el año 1979 la empresa tiene el programa de salud ocupacional; que la actividad del cargue y descargue de material es una operación dinámica, se debe realizar selecciones de productos y esos productos se deben trasladar en unas carretas que es lo que se implementa como herramienta mecánica para realizar esta operación, el trabajador hace un traslado de material hasta cierto punto, se realiza la operación de un cargue a descargue en un horno y es así secuencial; aseveró *“que esa operación le permite al trabajador tener periodos de descanso porque es una operación para ejecutarse durante una jornada de trabajo, no es una operación que deba seguir un estricto cumplimiento de un horario como es que a las 12 del día tiene que estar la operación ya realizada, es una operación que se debe realizar durante la jornada con los periodos de descanso establecidos, entonces la persona tiene el momento y el espacio para hacer un estiramiento para ir a hacer una necesidad si se presenta, para ir a hidratarse, entonces está en esa situación”*.

Aseguró que existen actividades que se realizan con los trabajadores sobre la capacitación y el entrenamiento en la higiene postural, donde se explica los movimientos, el manejo de las cargas, la posición corporal, movimientos de inclinación, de extensión, que ellos se agachen bien, se levanten bien, manipulen bien la carga, se les enseña que realicen un buen agarre de la carga para evitar precisamente ese tipo de cosas, accidentes o enfermedades a futuro.

Que la actividad ejercida por el señor Acevedo Contreras era “simplemente de carretero”, quiere decir, la persona que selecciona productos y lo traslada en las carretas para que otras personas realizaran el acomodo de las piezas.

Que la carreta tiene de altura de 1,05 m de agarre, ancho de 80 cm, con un largo de 1, 8 m que es la que permite realizar trasladar un número de piezas, cuenta con tres ruedas, con rodamientos que son de caucho, son neumáticos, son ruedas grandes que le permite pues mejorar la movilidad a la hora de hacer el traslado de ese material y eso es un mecanismo, es un control de ingeniería que hace la empresa precisamente para mejorar el transporte del material, para que el trabajador no tenga que realizar mucho sobreesfuerzo a la hora de trasladar el producto, que se le hacen los mantenimientos periódicos como es el cambio de los rodamientos y el engrase, porque es una máquina que es de palanca. Que la fuerza que se realiza es de 20 kg de arranque y lo permitido es 25 kg, luego lo que se levanta varía el peso, porque los productos son de diferentes referencias, hay productos que en crudo le puede pesar 3 o 2 kilos, el máximo y el mínimo ya cocido puede reducirse a

2 kilos o 2,5; que el piso donde se traslada la carreta es irregular, no es de cemento es en tierra, a veces se vuelve fangoso; aseguró que las enfermedades de los trabajadores que ejercen la labor en cargue y descargue o en el transporte de material en la carreta, en este caso, osteomusculares, se dan por tiempo exposición, es decir la persona que está expuesta a muchos movimientos que sean repetitivos, sobrecargas, esfuerzos; además, que no existen trabajadores en ese cargo que con 3 años de trabajo, desarrollen las enfermedades de bursitis y trastornos de la columna. Que la empresa tiene licencia de salud ocupacional adscrita a la secretaria de salud de Norte Santander, resolución es la 4619 de 2014 del Instituto departamental de salud de Norte Santander. Que las guías GATISO es una resolución que salió a partir del 2006, las emplean y las manejan los profesionales en salud para la identificación de dichas enfermedades, entonces “...no puedo decirle que la empresa las haya establecido o las haya manejado, porque quienes las manejan son los médicos especialistas para determinar cuál es la causa de dichas enfermedades.”

Que los estudios sobre ergonomía y el levante de peso se hacen en conjunto con la ARL, quien realiza las pertinentes recomendaciones.

Aclaró finalmente que, las normas de seguridad y salud en el trabajo están en continuos cambios, que el señor Luis Ovidio Acevedo no es la única persona que labora en esa área, ni tampoco es la única persona que ha venido desempeñando esas actividades, y, a la fecha el trabajador que lleva menor tiempo, tiene tres años y en estos momentos está en condiciones óptimas tal cual como él ingresó, *entonces las enfermedades se presentan es de acuerdo a un tiempo de exposición en una operación desarrollándolo de manera repetitiva y con agentes que son pues muy peligrosos.*

Se aportaron las declaraciones extra procesales fls.676-679 por parte del actor, que la empresa demandada no solicitó ratificación, por lo que, es procedente analizarlas, en las que el señor JOVITO GALVIS PORTILLA manifestó que conoce al demandante desde hace 8 años, que trabajó en la empresa demandada desde el año 2007, que tiene conocimiento de la labor que desarrollaba el actor porque también la realizaba, que empujaba la carreta con tabletas, la cargaba y la descargaba, que la actividad era constante y solo descansaban 15 minutos en la mañana para desayunar y en la tarde no descansaban; sobre este último punto, el juez le restó valor al compararlo con el estudio del puesto de trabajo donde se describe el descanso de 30 minutos al medio día, y decidió restarle valor a todo lo demás.

De otro lado, el señor Galvis también manifestó que el piso donde se trasladaba la carreta, era irregular, era de tierra, tenía hoyos y cuando llovía, esa mas difícil el recorrido, esta última parte, concuerda perfectamente con

la declaración de la señora Emir Pabón Pabón, traída por la demandada, razón por la cual, erró el Juez A quo cuando decidió dejar sin valor dicho testimonio.

El señor BENIGNO JOSÉ MOSCOTE SOLAEZ manifestó que conoce al demandante, que fue compañero de trabajo desde el 2008, que la actividad ejercida por el actor era de carretear zorras llenas de tabletas, bloques, tejas, sobre un piso de tierra que tenía altibajos y en tiempo de lluvias este era barroso porque no tenía techo, que realizaba el cargue y descargue de las tabletas de hornos lanzando dichas tabletas a otro trabajador quien se encontraba a una altura de 3-4 metros, el peso era de 10 kg, que el mantenimiento de las carretas era cada 4 o 5 meses, que la jornada laboral era de 10 horas, solo descansaban a la hora del almuerzo por espacio de 1 hora; aseguro que la empresa no hace entrenamiento de los procesos de salud ocupacional y la capacitación es de solo 20 minutos.

Sobre esta declaración, el Juez A quo consideró restarle valor probatorio por causa similar a la anterior, porque los minutos de descanso no concordaba con lo descrito en el estudio de puesto de trabajo, circunstancia que esta Sala considera no acertada, ya que de la misma, se extrae, que las actividades desarrolladas por el demandante, concuerdan con lo analizado en los documentos y las declaraciones de los demás testigos, esto es, el lugar de trabajo donde se trasladaban las carretas, la actividad de cargue y descargue de materiales, si bien es cierto, no determinó el descanso en la jornada de la mañana, manifestó que al medio día tenían una hora para almorzar, que según el estudio de puesto de trabajo eran 30 minutos que sumados a los 15 minutos de la mañana, arrojaría un total de 45 minutos al día, hecho que no fue analizado por el operador judicial, luego entonces, dicha declaración deberá ser analizada en conjunto sin restarle valor a su contenido.

El señor HIPÓLITO DUARTE CASTILLO declaró que trabajo con la empresa demandada desde el año 1998 hasta el mes de abril de 2017, que conoce al demandante porque fue compañero de trabajo, que la actividad ejercida por el actor era cargue y descargue de tabletas, bloques, tejas; que el piso era de tierra, tenía hoyos y cuando llovía, esa mas difícil el recorrido de la carreta, que el mantenimiento de la carreta no era preventivo, lo realizaban cada 4 o 5 meses. Que la jornada laboral era de 10 horas, sin pausas activas, los descansos eran a la hora de almuerzo, a veces 30 minutos o 1 hora; aseguró que las actividades generaban dolor en la espalda y hombro, que tiene conocimiento de ello porque también realizó esa actividad; que la empresa sólo realizó un examen médico de ingreso; aseveró que nunca recibió charlas de capacitación o entrenamiento ni inducción del puesto de trabajo.

En igual forma, el Juez A quo declaró sesgada la declaración y resto valor, circunstancia que esta Sala considera errada, razón por la que, deberá ser analiza en conjunto con las demás pruebas aportadas y practicadas.

Valoración de las pruebas.

Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, el señor Luis Ovidio Acevedo Contreras alega en el escrito de la demanda, que la actitud omisiva del empleador SIGMA LTDA en el cumplimiento de su deber en las medidas de seguridad y protección laboral, fue la causa del origen de sus enfermedades profesionales adquiridas durante el vínculo contractual, contrario a ello, el Juez A quo consideró que no se demostró el nexo causal entre el daño y la presunta negligencia o culpa del empleador en el control de los factores de riesgo, así mismo, argumentó que no se demostró que la enfermedad laboral la hubiese adquirido en el desarrollo de las actividades con la empresa demandada, ya que, el tiempo de exposición sólo fue de 3 años para el momento de la primera incapacidad, además, que la fecha de estructuración de la enfermedad fue en el 2016, dos años posteriores a la terminación del vínculo, razones por las cuales, consideró que no operaba la indemnización plena de perjuicios ante la falta de acreditación de la culpa suficiente del empleador la pasiva SIGMA LTDA en la generación de las patologías desarrolladas por el demandante.

De esta manera, respecto a las declaraciones rendidas en audiencia, el Juez A quo manifestó que, lo manifestado por los testigos traídos por el demandante carecían de credibilidad ante la omisión de aceptar que recibieron las capacitaciones y las charlas de salud ocupacional, además, que fueron discordantes respecto a los minutos de descanso durante la jornada laboral, siendo que, en las pruebas documentales se había demostrado su participación en las mismas y en el estudio del puesto de trabajo se describe los 15 minutos de descanso en la mañana y los 30 minutos al medio día.

Sobre este punto, la Sala reitera que la conclusión establecida por el Juez A quo dirigida a restarles valor total a las manifestaciones dadas en las declaraciones extraprocesales, no goza de asidero jurídico, pues de ellas se rescata las condiciones en las que el actor desarrollaba la actividad laboral, hecho que concuerda con la declaración de la especialista en salud ocupacional traída por la empresa demandada, especialmente, respecto a las condiciones del piso donde debía ser trasladada la carreta que se cargaba el material de producción, condiciones que en situaciones de lluvia, dificultaba el trabajo, aumentando la fuerza de arranque y generando demoras en el traslado de la misma.

Así mismo, como se analizó en renglones anteriores, las patologías padecidas por el actor y previamente calificadas por las diferentes entidades de seguridad social integral, son de ORIGEN LABORAL cuyo origen nunca

estuvo en controversia, y tanto en la historia clínica como en los argumentos sustentados por las JCI regional y Nacional, la ARL POSITIVA, coinciden en que los factores de riesgo de la actividad ejercida por el trabajador, son, físicos (sobre esfuerzo: 900 a 1050 kg carreta cargada), biomecánicos (de arrastre-carreta en piso irregular y algunas veces, fangoso) y ergonómicos (cargue y descargue-alzando los brazos).

Ahora, se hace preciso indicar que, si bien es cierto, hubo unas charlas de capacitación, entrenamiento e inducción en las que el actor participó, ello no es óbice para predicar la exoneración de la responsabilidad de la empresa demandada en el control y vigilancia orientados a minimizar los factores de riesgos, circunstancia que no se cumplió cabalmente conforme a los siguientes argumentos:

Según la normatividad vigente de salud y seguridad en el trabajo Decreto Ley 1477 de 2014 y la Resolución No. 2844/2007 expedida por el Ministerio de Trabajo junto con las Guías de Atención Integral en Seguridad y Salud en el Trabajo, para la realización de actividades generales de prevención, vigilancia, diagnóstico e intervención ocupacional, **los factores de riesgo biomecánicos** que debía emplear la demandada SIGMA LTDA para mitigar la generación de la enfermedad laboral, era evitar o minimizar el trabajo físico pesado, pues el máximo de peso tal como lo aseguró la testigo Emir Pabón Pabón tecnóloga en salud ocupacional con licencia en los servicios de prestación de seguridad y salud en el trabajo, era de 25 kg, pero en la realidad, la tableta pesada de 10 a 20 kg y las acomodaban de 3 tabletas, superando el máximo autorizado, esto se acredita con las declaraciones rendidas por los testigos traídos por el actor, y el estudio del puesto de trabajo que dice “se evidencia levantamiento de peso en la realización de las tareas al manipular las tabletas en grupos de 2 o 3, con peso promedio conjunto de 10 kg...”, actividad que la ejercía en forma continua, permanente durante las 8 horas de jornada laboral, además, con sólo dos descansos, uno de 15 minutos en la mañana y otros de 30 a 60 minutos en la tarde; en consecuencia, al superar el límite de peso en el cargue del material y consecuentemente el descargue, el trabajador estaba sometido a una exposición del riesgo biomecánico prolongado sin control y vigilancia por parte de la empresa. Por otra parte, las tablas de identificación de la enfermedad, disponen una evaluación anual de las presuntas patologías de la columna y durante los 3 años de trabajo, no existen prueba de dicha valoración médica a favor del actor. En cuanto al factor de riesgo físico para las patologías de la columna lumbar, en este asunto no hubo exposición al mismo, puesto que para la realización de las tareas no se observaron movimientos de vibración.

De otro lado, **la exposición al factor de riesgo biomecánico** para la generación de la patología de bursitis de hombro así como la de trastorno de discos intervertebrales y el dolor crónica intolerable, superó en límite de carga

de peso, de empuje, arrastre y postura de miembros superiores, lo legalmente establecido, esto es, el trabajador al trasladar la carreta en trayectos de 50 a 300 metros, con un peso promedio de 900 kg cargada y vacía de 140 kg, para un promedio de 1040 kg, realizada durante el 80% de la jornada laboral, sin pausa activas, en terrenos irregulares de tierra, teniendo en cuenta que lo máximo permito está en carga de 20 kg, y empuje o arrastre de cargar en 35 kg, sumando a que durante el día, los viajes de carga superaban los 60 traslados y hasta 97 recorridos durante la jornada laboral.

Bajo estas condiciones, se demostró que el empleador SIGMA LTDA no cumplió a cabalidad con el control, protección y vigilancia de las normas de seguridad ocupacional para mitigar los factores de riesgo inherentes a la actividad laboral ejercida por el demandante Luis Ovidio Acevedo Contreras, en especial, sobre lo manifestado de las condiciones laborales del piso, el sobreesfuerzo físico, y el hecho del incumplimiento del peso máximo de arrastre de la carreta (900-1040 kg) y el cargue y descargue de las tabletas, bloques y demás materiales de producción (30kg), circunstancias que generaron el daño o lesión en la salud del trabajador en el origen de las enfermedades laborales de difícil tratamiento médico.

En este sentido, a pesar de las capacitaciones, charlas, manuales de seguridad en salud ocupacional existentes en las pruebas documentales aportadas, estas no fueron suficientes para mitigar y evitar el origen de la enfermedad laboral, incurriendo el empleador en omisión de vigilancia y control del peso límite de carga, sumados al **tiempo de exposición, la repetitividad de la labor**, esto es, el 80% de la jornada laboral, sin pausas activas, que evidencian íntima relación causa efecto entre sus funciones y las patologías que se califican como laborales, lo cual, si bien es considerado un riesgo propio de la labor realizada, este riesgo de desencadenar un daño en cabeza del trabajador que se pudo haber minimizado o moderado por parte de la empleadora, mediante la total observancia de las normas establecidas para la actividad de cargue y descargue de materiales y el traslado de los mismo en la carretas de 900 kg desocupada y 1040 kg cargada, en este caso, la relacionada con el peso máximo y el arrastre autorizado en las normas de seguridad ocupacional, junto con las posturas de los brazos en el cargue y descargue de tabletas y bloques, ya que es evidente para la Sala, que al este tener que realizar las actividades de forma tan repetida y prolongada durante el 80% de la jornada laboral, muestra una conducta negligente, desapegada de la normatividad legal por parte de SIGMA LTDA, la cual exacerbó, a todas luces, el impacto de la labor en la salud física de su trabajador.

Además de lo anterior, debe indicar la Sala, que el actor desarrollo su actividad en esas condiciones por espacio de **3 años y 3 meses**, esto es, desde el mes de septiembre del año 2008 al día 11 de noviembre del año 2011, fecha en la cual sufrió el accidente de trabajo, de tal suerte que

conforme a los dictámenes de PCL practicados después de dicho suceso, la estructuración de las diferentes patologías de origen laboral que surgieron paulatinamente en el tiempo desde el año 2011 hasta la última calificación de las secuelas de dolor crónico intratable y trastorno depresivo, fue establecida en última instancia por la JNCI en calificación integral la fecha de estructuración el día **15 de julio del año 2016**, es decir, 2 años posteriores a la finalización de sus labores, lo cual indica con absoluta nitidez la total correlación entre el desempeño de las actividades por parte del actor, en unas condiciones no aptas para su ejecución con las enfermedades laborales que le fueron diagnosticadas y que le generó una PCL equivalente al 33.24%.

Por otra parte, aunque la declaración de la señora Pabón encargada del programa de salud ocupacional explicó en forma detallada los programas de prevención y seguridad ocupacional, indicó que la empresa contaba con licencia expedida por el Ministerio de Protección Social en la época, que se aportaron constancias de visitas de la aseguradora de riesgos laborales, también es cierto que la señora Emir Pabón ingresó a reemplazar al señor Wilder en el año 2014, momento para el cual, el actor se encontraba incapacitado y posteriormente retirado de la empresa, luego entonces, a pesar de que sus declaraciones fueron concordantes con el contenido de las pruebas documentales aportadas al plenario, ello no comporta certeza sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que logre acreditar de manera fehaciente la percepción de los hechos acontecidos durante el vínculo laboral en la que se originó la enfermedad laboral del demandante, porque como bien lo indica, las normas de seguridad ocupacional han sido modificadas en forma constante, de modo tal, se exige a los empleadores constantes cambios y avances en la prevención, control y vigilancia de los factores de riesgos inherentes a las actividades desarrolladas.

En ese orden de ideas, se encuentra cabalmente acreditado que las enfermedades de origen laboral diagnosticadas y calificadas al trabajador Luid Ovidio Acevedo Contreras, denominadas: *“otras bursitis infecciosas, trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía, dolor crónico intratable y trastorno depresivo recurrente, episodio moderado presente”* (fls.669-674), y su consecuente pérdida de capacidad laboral, tuvo su génesis en las actividades laborales desarrolladas para la empresa demandada SIGMA LTDA, exteriorizándose el primer síntoma, en el mes de agosto de 2011 cuando habían transcurrido 3 años del ingreso laboral, del cual, se demostró que para el momento del examen médico ocupacional de ingreso, el trabajador no presentaba ninguna enfermedad con DX:SANO, y sólo después del accidente de trabajo sufrido por el actor el día en el mes de noviembre de 2011, iniciaron las respectivas consultas y valoraciones médicas para determinar con base en los factores de riesgo inherentes a la actividad de cargue y descargue de material y el traslado del mismo en una carreta, el origen de sus padecimientos lumbares y de hombro, que desencadenaron síntomas crónicos de dolor y trastorno depresivo.

De otro lado, se reitera que los riesgos biomecánicos relacionados con la causa de la enfermedad laboral, estructurada en julio del año 2016, y cuyos síntomas iniciaron en el año 2011, fueron consecuencia de un trabajo físico pesado superior a 25 kg, (30 kg en el levante de tabletas) y superior a 35 kg en el arrastre de la carreta, (entre 900 hasta 1040 kg), en contravía a las disposiciones legales que regulan la materia, demostrándose en el expediente que el empleador no adoptó todas las medidas pertinentes para que el trabajo no se ejecutara de esta manera, pues no mitigó el factor de riesgo, no realizó valoraciones médicas anuales y no disminuyó el peso al límite establecido.

De lo que viene de analizarse queda claro para esta Sala que existió culpa debidamente probada en cabeza de la empresa SIGMA LTDA. en las enfermedades laborales sufridas por el actor, debiendo estudiarse entonces si es procedente el pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios, así como los perjuicios morales solicitados en la demanda, previo a lo que deberá revisarse la excepción de prescripción propuesta por la pasiva.

PRESCRIPCIÓN

Aclara la Sala que, la acción tendiente a obtener la indemnización plena de perjuicios derivados por las enfermedades laborales padecidas y diagnosticadas al actor, no se encuentra afectado por el mismo, en tanto, como se dijo en líneas precedentes, el dictamen **Nº5478693/2893** proferido por la Junta Nacional de calificación de Invalidez a través del cual se le diagnosticó *“otras bursitis infecciosas, trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía, dolor crónico intratable y trastorno depresivo recurrente, episodio moderado presente”* (fls.669-674), con una pérdida de capacidad laboral del **33.24%** estructurada el **05 de julio de 2016**, data del **8 marzo de del 2017** y teniendo como fue presentada la presente demanda el día 18 de noviembre de 2016 (fl.231), es evidente que no se superó el término trienal en la Ley laboral pactado.

El anterior análisis sigue las directrices establecidas por la HCSJ en cuanto ha manifestado de manera pacífica que dicho término comienza su contabilización una vez el afectado “se encuentra en capacidad de obrar. Y ese momento no se identifica con el de la ocurrencia del insuceso (a menos que ocasione la muerte del trabajador), ni con la del reintegro a las labores, ni con el de esclarecimiento de la culpa patronal, sino con el de la calificación médica mencionada” (sentencia de 15 de febrero de 1995 (Rad. 6803), lo cual ha ratificado recientemente en sentencias tales como la SL 3749 de 2021, al indicar lo siguiente:

Pues bien, para dar respuesta a esos cuestionamientos, se indica que esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, informando que el termino prescriptivo de las acciones encaminadas para obtener la indemnización plena y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del CST, inicia a contabilizarse a partir de la fecha, en la que se establezcan, por los mecanismos establecidos en la ley, las secuelas que el accidente o enfermedad de trabajo han dejado a la víctima, momento en el cual, este se encuentra habilitado para reclamarlos.

LUCRO CESANTE

Solicitó el demandante en su escrito inaugural, el pago del lucro cesante consolidado y futuro, aclarándose que no fue solicitado el mismo a favor de ningún miembro de su familia, (hijos) por lo que no será estudiada su procedencia.

Frente al pago de estos perjuicios, la HCSJ en su sentencia SL.18360-2017 citada posteriormente en aquella SL 987 de 2021 indicó lo siguiente:

En torno al lucro cesante, debe entenderse el dinero que se dejó de percibir por la ocurrencia del daño, el cual comprende el lucro cesante pasado y el futuro, siendo el primero el que se causa a partir de la finalización del contrato de trabajo, es decir, el 23 de septiembre de 1998, hasta la fecha de esta sentencia; y por el segundo, desde el día en que se profiera el fallo, hasta que se cumpla la expectativa de vida probable del actor.

Así las cosas, con el fin de realizar la tasación del lucro cesante, tanto consolidado como futuro, esta Sala tendrá en cuenta el salario percibido por el actor a la fecha de la terminación de su contrato de trabajo, data a partir de la cual es procedente el pago por dicho concepto, en virtud de reglado por la HCSJ en sentencias tales como la SL573 de 2020, calculándose con base en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

En tal virtud, y siguiendo los lineamientos otorgados en sentencias tales como CSJ SL, 30 jun. 2005, rad. 22656, reiterada en la CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 29644, CSJ SL 695-2013, CSJ SL 2 oct. 2013, rad. 37297, CSJ SL 5619-2016 y CSJ SL 5154-2020, citadas más recientemente en aquella de radicado SL238 de 2021, la liquidación por los conceptos mencionados, se realizará de la siguiente manera: |

En cuanto tiene que ver con el ‘lucro cesante’, habrá de distinguirse el “pasado”, esto es, el causado a partir de la terminación del vínculo laboral del actor y hasta la fecha del fallo, pues, durante el término anterior, esto es, de la fecha del accidente – 10 de octubre de 1996-- a la de desvinculación laboral –7 de mayo de 1998--, se impone entender, por no existir en el recurso extraordinario reclamación al respecto, que la empleadora cumplió sus obligaciones laborales con el trabajador y, por ende, no se generó esa clase de perjuicio, del ‘lucro cesante futuro’, es decir, el que a partir de la fecha de la providencia se genera hasta el cumplimiento de la expectativa probable de vida del trabajador, y para su cálculo se seguirá el criterio

adoptado por la Sala en sentencia reciente de 22 de junio de 2005 (Radicación 23.643), en la que se dijo que se acogerían las fórmulas, adoptadas también por la Sala de Casación Civil de la Corte para calcular estos conceptos indemnizatorios en diversas sentencias, entre ellas, las de 7 de octubre de 1999 (exp. 5002), 4 de septiembre de 2000 (exp. 5260), 26 de febrero de 2004 (exp. 7069) y más recientemente de 5 de octubre de 2004 (exp. 6975), en las cuales se calcula, **el primer concepto, multiplicando el monto del salario promedio devengado para la fecha de retiro, actualizado hasta la fecha de la sentencia, por el factor de acumulación de montos que incluye el factor correspondiente por ese período al 0.5% mensual (6% anual) por interés lucrativo;** y el segundo concepto, partiendo del monto del lucro cesante mensual actualizado, para luego calcular la duración del perjuicio --atendida la expectativa probable de vida del perjudicado, y *reducida* aritméticamente a un número entero de meses desde la fecha de la sentencia--, para concluir en el valor actual del lucro cesante futuro, previa deducción del valor del interés civil por haberse anticipado ese capital, atendiendo de paso el criterio propuesto por la moderna doctrina, de la siguiente forma:

“Lucro cesante pasado:

“VA = LCM x Sn”

“Donde:

“VA = valor actual del lucro cesante pasado total más intereses puros lucrativos”

“LCM = lucro cesante mensual actualizado”

$(1 + i)^n - 1$

$$Sn] = \frac{\text{-----}}{i}$$

“Siendo:

“n = Número de meses a liquidar”

“i = Tasa de interés de 0.5 mensual (6% anual)”

“Lucro cesante futuro:

“VA = LCM x An”

“Donde:

“VA = valor actual del lucro cesante futuro”

“LCM = lucro cesante mensual”

$(1 + i)^n - 1$

$$a n \frac{\text{-----}}{i (1 + i)^n}$$

“Siendo:

“n = Número de meses de incapacidad futura”

“i = Tasa de interés de 0.5 mensual (6% anual)”

“Importa señalar que, en este caso, a diferencia de la considerado en otras oportunidades, entre ellas la citada por la Corte en la sentencia atrás reseñada, el porcentaje de la merma de la capacidad laboral del trabajador sí se debe tener en cuenta a efectos de calcular el lucro cesante pasado y, en consecuencia, el futuro, por no aparecer prueba en el expediente de que, con independencia del mismo, el actor quedara impedido para desempeñar su oficio, pues, al contrario, como se anotó, lo ejerció hasta el 7 de mayo de 1998 cuando se terminó la relación laboral.”

Teniendo en cuenta lo anterior, teniendo como norte el cálculo realizado en la sentencia SL237 de 2021, encuentra la Sala que son relevantes los siguientes datos:

Datos del trabajador		
Género		Masculino
Fecha de nacimiento		27-sep-68
Estructuración enfermedad		05-julio-2016
Fecha retiro laboral		12-agosto-2014
Último salario		\$ 616.000
Salario actualizado al	30 de octubre de 2021	\$ 1’135.657,50
Porcentaje del daño		33,24%
Datos para el lucro cesante		
Lucro cesante mensual		\$ 337.492,55
Número de meses transcurridos		86.63
Interés anual		6%
Interés mensual		0,50%
Edad del causante al	30 de octubre de 2021	53
Expectativa de vida (Resolución 1555-2010)		347.77

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO

Desde la fecha de la sentencia de primera instancia, hasta la presente providencia, arroja un total de \$337.492,55, suma a cuyo pago se CONDENARÁ a la pasiva a favor del señor ACEVEDO CONTRERAS, como resultado de la siguiente fórmula:

VA = LCM x Sn

VA= \$ 337.492,55 * ((1+0,5%)^86.63)-1) / 0,5%

VA= \$40'804.654,62

LUCRO CESANTE FUTURO

Aplicando la fórmula matemática mencionada en precedencia, teniendo en cuenta el lucro cesante mensual aquí calculado, es menester condenar a la pasiva al pago a favor del señor ACEVEDO CONTRERAS de la suma de \$62'173.906,71, por concepto de lucro cesante futuro, así:

VA = LCM x An

VA=\$____ ((1+0.5%) ^347.77-1) / (0.5%*(1+0.5%) ^347.77.1)

VA= \$62'173.906,71

Cálculo de la Indemnización debida o consolidada (Vencida):					
	AÑO	MES	DÍA		
Fecha actual o de tasación de los perjuicios:	2021	10	30	IPC - Final	0.00
Fecha de Nacimiento:	1968	09	27	Sexo: M	Edad: 45.88
Fecha en que ocurrieron hechos:	2014	08	12	IPC - Inicial	81.90
Ingreso Mensual (si es minimo mirar tabla de al lado):	\$ 616,000.00				
Ingreso Mensual Indexado: (IPC Final / IPC Inicial) x Ingreso mensual	\$ 908,526.00				
Más 25% Prestaciones sociales	\$ 227,131.50				
Total Ingreso Mensual Actualizado	\$ 1,135,657.50				
(%) Perdida de la capacidad laboral (Decimales separados con coma)	33.24%				
Factor de Incapacidad = Ingreso Act. X Perdida de capacidad Laboral (Ra):	\$ 377,492.55				
Periodo Vencido en meses (n):	86.63				
Indemnización Debida Actual (S):	\$ 40,804,654.62				

FÓRMULA FINANCIERA INDEMNIZACIÓN DEBIDA: $S = \frac{Ra \times (1 + i)^n - 1}{i}$
i = interes judicial (art. 2232 C.C. 6% EA = 0,4867% NM)

Cálculo del Periodo Futuro o Anticipado				
	AÑO	*MES	DÍA	corre desde la fecha de la sentencia hasta el fin de la vida probable de la víctima, esta expectativa se toma de la tabla de mortalidad vigente (R1555/10 Superfinanciera)
Fecha final expectativa de vida:	2050	10	15	
Fecha actual o de tasación de los perjuicios:	2021	10	30	
Factor de Incapacidad = Ingreso Act. X Perdida de capacidad Laboral (Ra):	\$ 377,492.55			
Periodo Futuro en meses (n):	347.77			
Indemnización Futura (S):	\$ 62,173,906.71			

PERJUICIOS MORALES

Frente a los perjuicios morales solicitados por el actor, se indica que si bien en las pretensiones fue manifestado que estos se pedían en cabeza propia pues del hecho 62 se manifestó: “Que la pérdida de Capacidad Laboral (PCL) definitiva de mi cliente, ha generado un perjuicio moral, a él y a toda su familia (pero no menciona nombre de familiares) *“No puede hacer deporte como antes lo hacía, perdió parte de su vida sexual con su pareja sentimental, tiene episodios de depresión constantes, se separó de su esposa a razón de problemas económicos y sentimentales”*. Así las cosas, en ejercicio de las facultades otorgadas al juez para interpretar de manera integral el escrito introductor, analizará esta Sala la procedencia de estos perjuicios, en cabeza del demandante.

En punto a este petitum conveniente resulta traer a escena lo manifestado por la HCSJ en su sentencia SL987 DE 2021 en cuanto a la prueba de los daños morales, tanto en cabeza del trabajador que ha sufrido de una pérdida de capacidad laboral, como a favor de las personas que conforman su núcleo familiar, así:

Frente a esta reclamación, debe precisarse que esta Corte ha sostenido, que esta clase de perjuicios originados por un accidente de trabajo, se pueden reconocer tanto a la víctima como a las personas más cercanas a la misma, que sufren igualmente con los padecimientos que aquejan a aquella en los términos del artículo 216 del CST, siempre y cuando, acredite «haber padecido una lesión o un menoscabo en sus condiciones materiales o morales con ocasión de la muerte, la discapacidad o la invalidez generadas por el infortunio laboral derivado de una culpa patronal, pues lo cierto es que el accidente de trabajo puede tener consecuencias indirectas frente a terceros que resultan afectados en su situación concreta». (CSJ SL7576-2016).

(...)

En cuanto a su liquidación, la Corporación a dicho de manera pacífica, que es menester aplicar las reglas de la experiencia, pues su tasación se hace al «arbitrium judicis», lo que significa que el juzgador está la capacidad de tasar libremente el monto de dicha indemnización, tal y como se dijo en la sentencia CSJ SL10194-2017, reiterada en la SL17547-2017, sin que ello signifique que se haga de manera caprichosa, sino fincada en circunstancias particulares que rodeen el asunto particular.

Así las cosas, de lo ya analizado en la presente providencia, surge con diáfana claridad que como consecuencia de las enfermedades laborales sufridas por el señor LUIS OVIDIO ACEVEDO, se le ocasionó al actor sentimientos de angustia, dolor, aflicción y tristeza, debido a las limitaciones de movilidad y dolor constante y crónico que implica los diagnósticos de *“otras bursitis infecciosas, trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía, dolor*

crónico intratable y trastorno depresivo recurrente, episodio moderado presente”; así mismo, las diferentes entidades de seguridad social, entre estas, la ARL POSITIVA, LA EPS COOMEVA y LAS JCI determinaron como consecuencia de los dolores crónicos, la secuela o generación de **TRASTORNO DEPRESIVO PERSISTENTE**, el cual si bien fue calificado como de origen laboral, en la historia se indica que el demandante “ha estado con insomnio por el dolor, alteraciones del afecto, hacia la depresión” y que presenta “difícil control de síntomas de dolor, y al no controlar los mismos aumenta los síntomas depresivos”, siendo entonces procedente el pago de los perjuicios morales solicitados en cabeza del señor LUIS OVIDIO ACEVEDO CONTRERAS, en una cuantía equivalente a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

Ante la inexistencia de familiares o de compañera permanente del actor, la Sala no hará pronunciamiento alguno al respecto.

Por último, es de aclarar que si bien el actor se encuentra devengando una pensión de invalidez desde el mes de agosto de 2018, según lo declarado en el interrogatorio de parte, y ante la ausencia de prueba que ratifique lo dicho, lo anterior no obsta para condenar a la empleadora encontrada culpable, al pago de la totalidad de los perjuicios generados y aquí liquidados, sin que sea procedente un descuento del monto percibido por el actor en virtud de aquella prestación; al respecto, la HCSJ indicó en su providencia SL 5619 de 2016, lo siguiente:

Frente a la segunda inconformidad de la demandada apelante, referente a no estar obligada a pagar la indemnización ordinaria y total de perjuicios, por tener afiliado al actor a la seguridad social, debe señalarse que el Sistema General de Riesgos Profesionales cubre los riesgos que por su propia naturaleza genera el trabajo, mientras que los daños ocasionados al trabajador por conducta culposa o dolosa del patrono, le corresponde resarcirlos a ese empleador en forma total y plena, atendiendo el régimen general de las obligaciones. El hecho que el demandante por la reparación tarifada de riesgos reciba una pensión de invalidez de origen profesional por parte de la ARL tal como se certificó a fl. 122 del cuaderno del Juzgado, no tiene ninguna incidencia frente a la reparación plena de perjuicios por culpa patronal que asume el empleador, ya que poseen distinta finalidad, pues la primera es de naturaleza prestacional y la segunda meramente indemnizatoria en la modalidad subjetiva que hace parte de un riesgo propio del derecho laboral, sin que pueda operar el descuento de la mencionada indemnización plena de perjuicios con lo pagado por la ARL por la prestación de invalidez (Sentencias de la CSJ SL, 12 nov. 1993, rad. 5868, reiterada en la SL-7884- 2015, 28 may. 2015, rad. 2015, así como la del 13 mar. 2012, rad.39798).

Bajo estas condiciones, procederá esta Sala a REVOCAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día de fecha 05 de febrero de 2020 y en su lugar se DECLARARÁ que se encuentra suficientemente probada la culpa de la empresa SIGMA LTDA en las enfermedades de origen laboral sufridas por el actor, y CONDENARLA al pago de las siguientes sumas de dinero a favor del señor LUIS OVIDIO ACEVEDO CONTRERAS:

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: \$40'804.654,62

LUCRO CESANTE FUTURO: \$62'173.906,71

DAÑOS MORALES: Monto equivalente a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

Se declararán como no probadas las excepciones propuestas por la pasiva y se condenará en costas procesales de primera y segunda instancia a los demandados SIGMA LTDA, de conformidad con el numeral 4º del art. 365 del CGP, fijando como agencias en derecho de segunda instancia la suma de un \$908.526 a cargo de la demandada y a favor del demandante LUIS OVIDIO ACEVEDO CONTRERAS.

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 Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 05 de febrero de 2020 y en su lugar se DECLARARÁ que se encuentra suficientemente probada la culpa de la empresa SIGMA LTDA en las enfermedades de origen laboral sufridas por el actor.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa SIGMA LTDA al pago de las siguientes sumas de dinero a favor del señor LUIS OVIDIO ACEVEDO CONTRERAS:

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: \$40'804.654,62

LUCRO CESANTE FUTURO: \$62'173.906,71

DAÑOS MORALES: Monto equivalente a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

TERCERO: DECLARAR COMO NO PROBADAS las excepciones propuestas por la pasiva.

CUARTO: CONDENAR en costas procesales de primera y segunda instancia a los demandados SIGMA LTDA de conformidad con el numeral 4º del art. 365 del CGP, fijar como agencias en derecho de segunda instancia la suma de un \$600.000 a cargo de la demandada y a favor del demandante LUIS OVIDIO ACEVEDO CONTRERAS.

NOTIFIQUESE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



(SALVAMENTO DE VOTO)
NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 116, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 17 de noviembre de 2021.



Secretario



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

Radicado No. 2017-00123
Partida Tribunal No 18.949

Con mi acostumbrado respeto para mis compañeros de sala, les manifiesto que salvo mi voto respecto de la decisión de la sala mayoritaria de revocar la sentencia del 5 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, que absolvió a la demandada SIGMA LTDA. de las pretensiones incoadas en su contra y en su lugar declarar que se encuentra suficientemente probada la culpa de la empresa en las enfermedades de origen laboral sufridas por el señor LUIS OVIDIO ACEVEDO CONTRERAS, accediendo a las condenas por lucro cesante consolidado, futuro y perjuicios morales.

Para llegar a esta conclusión, la Sala Mayoritaria estableció para acceder a declarar la culpa patronal: que estaba evidenciada la existencia de un daño, consumado en los diagnósticos de “*trastorno de los discos intervertebrales, no específico*”, *bursitis de hombro*” “*dolor crónico intolerable*”, con una pérdida de capacidad laboral del 33.24% estructurada el 5 de julio de 2016, acorde al dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez No 5478693-2893 del 5 de julio de 2016; sobre la culpa del empleador para generar dichas patologías de origen profesional, se concluyó que alegada la omisión en el cumplimiento de sus deberes de cuidado sobre el control de los factores de riesgo, si bien se demostró que hubo unas charlas de capacitación, entrenamiento e inducción en las que el actor participó, ello no es óbice para predicar la exoneración de la responsabilidad de la empresa, pues no acreditó el pleno cumplimiento de las Guías de Atención Integral en Seguridad y Salud en el Trabajo, para la realización de actividades generales de prevención, vigilancia, diagnóstico e intervención ocupacional sobre los factores de riesgo biomecánicos al no controlar el peso máximo de trabajo, los descansos necesarios, el tiempo de exposición, evaluaciones médicas de control, generando condiciones que conllevaron al daño en la salud del trabajador.

No concuerdo con el análisis y la valoración probatoria por la cual se determinó la existencia de culpa patronal, pues estimo que, si bien logró demostrarse el daño, no están suficientemente acreditadas la culpa del empleador y el nexo causal, como elementos estructurantes de la pretensión.

El artículo 216 del C.S.T refiere que se configura la culpa patronal “*Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente del trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo*”

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

Específicamente sobre la configuración del elemento de culpa del empleador, en providencia SL4013 de 2021 se indicó:

“*Sobre la culpa suficientemente comprobada del empleador respecto a una contingencia de origen laboral, la Sala tiene enseñado que:*

«*[...] la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019)*». Tomado de la sentencia CSJ SL5154-2020.

En otras palabras, la culpa se ha de comprobar de cara a los deberes de prevención de los riesgos laborales que corresponden al empleador y se configuren como causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral. Para establecer la culpa, se evaluará la conducta del empleador, esto es, si él actuó con negligencia o no en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores que le corresponden para evitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, bajo el estándar de la culpa leve que define el art. 63 del CC.

La culpa leve implica que el incumplimiento que hace al empleador merecedor de la condena por reparación plena de perjuicios es aquel que se da por la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, frente al deber de tomar las medidas adecuadas para evitar el riesgo laboral sucedido, y no se puede determinar la culpa por la simple ocurrencia del infortunio laboral, ya que el empleador no tiene una obligación de resultado, es decir, no está obligado a que el siniestro no ocurra, sino que sus obligaciones de protección y seguridad son de medio (CSJ SL1073-2021). Él siempre podrá probar la diligencia y cuidado que debió emplear para evitar el riesgo laboral en cuestión, según el art. 1604 del CC.

*En orden de lo anterior, esta Corporación ha establecido que **la carga de la prueba de la culpa del empleador, por regla general, debe ser asumida por la o las víctimas del siniestro, de modo que ellos tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho** que dan cuenta de la existencia de una acción, omisión, o de un control ejecutado de manera incorrecta que constituyan el incumplimiento de las obligaciones de prevención o su incumplimiento imperfecto, CSJ SL5154-2020.*

Cuando el trabajador edifica la culpa del empleador en un comportamiento omisivo de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador, como se trató en el caso de autos, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que, por excepción, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones (teniendo en cuenta que las negaciones indefinidas no requieren de prueba) para que la carga de la prueba que desvirtúa la culpa se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil.”

Aplicados estos parámetros al caso concreto, como se dijo, ante las afirmaciones del demandante de que el patrono tuvo una actitud omisiva en el cumplimiento de sus obligaciones de precaución y cuidado, las pruebas reseñadas en la sentencia debieron haberse analizado desde otra perspectiva: Acorde a lo demostrado, el actor tuvo un accidente por dolores en la espalda tras un movimiento indebido desde noviembre de 2011 y desde esa fecha en adelante comenzó una serie de incapacidades continuas y permanentes, por lo que las actuaciones del empleador que debieron valorarse fueron las adoptadas desde septiembre de 2008 a ese momento, cuando ejerció funciones y donde debió configurarse la enfermedad laboral alegada.

Estimo que las pruebas señaladas en el proyecto resultaban insuficientes para acreditar el elemento de culpa del empleador, pues durante ese lapso de tiempo determinante logró demostrar el cumplimiento en la entrega de elementos de protección personal, que realizó la inducción al actor informando las medidas de higiene y protección laboral, obran también formularios donde firma el actor que recibió conferencias sobre terapia ocupacional en formación de cargue y descargue, pausas activas y similares entre 2009 y 2010. Además, se evidencia en la citada evaluación osteomuscular firmada por el actor y de fecha octubre de 2011, que sus resultados son normales e indicó que conocía los riesgos generales de su puesto de trabajo, incluyendo las medidas de cuidado de posición corporal.

Por ello, considero que la empresa logró demostrar que cumplía con sus lineamientos legales de salud ocupacional, revisiones periódicas y actividades de capacitación.

Adicional a ello, estimo que en todo caso tampoco se evidenciaría el elemento de nexo causal necesario para acceder a la condena; sobre este, la citada providencia SL4013 de 2021 explica:

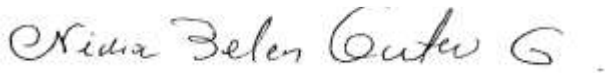
“En cuanto al nexo causal que debe existir entre la culpa del empleador y el daño causado, la jurisprudencia de esta Sala también tiene enseñado que, en la culpa basada en un comportamiento omisivo, no basta la sola afirmación genérica del incumplimiento del deber de protección o de las obligaciones de prevención en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió la omisión que llevó al incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador y

la conexidad que tuvo con el siniestro, para efectos de establecer la relación causal entre la culpa y el hecho dañino, pues nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él.”

Para este caso, el expediente carece de historia clínica del actor sobre atenciones médicas en el citado período de 2008 a 2011 que permita establecer la evolución de sus condiciones físicas; si en efecto se está condenando por una enfermedad laboral de largo avance y progresión, no puede aceptarse que existe un nexo causal cuando este avance se dio mientras el actor estuvo incapacitado y no prestó funciones donde pudiera incidir la actuación del empleador.

No comparto así las conclusiones alcanzadas por la Sala Mayoritaria, pues una vez demostrado el cumplimiento del empleador en sus deberes de protección, atención y prevención de enfermedades laborales, no era dable contradecir esa conclusión sin que existiera suficiente respaldo probatorio para ello, por lo que debió haberse confirmado la absolución que se había resuelto en primera instancia.

Atentamente.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada

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. 54-001-31-05-004-2019-00040-00

Rad. Interno: 19098

Juzgado: Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

DTE/ JESÚS HORACIO GALVIZ MEDINA

DDO/ COMPAÑÍA MINERA CERROTASAJERO Y

OTRA

Tema: Rechazo de demanda

San José de Cúcuta, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto de fecha 23 de enero de 2020, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ordinario laboral presentado por el señor JESÚS HORACIO GALVIZ MEDINA contra la COMPAÑÍA MINERA CERROTASAJERO y otros.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, una vez conocido el proyecto de decisión, se procede a deliberar sobre el mismo, teniendo en cuenta para el efecto los siguientes,

I. ANTECEDENTES

El accionante, por medio de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la COMPAÑÍA MINERA CERROTASAJERO, S.A. y SOS EMPLEADOS, la cual, no fue admitida por el Juez A quo, quien mediante auto de fecha 30 de septiembre de 2019 ordenó su subsanación por considerar, entre otras cosas, lo siguiente:

“En los hechos 2, 3, 4, 8, 10, 18 y 20 tienen en su redacción varias circunstancias o hechos de modo y tiempo en estos mismos numerales, estos hechos deben separarse en numerales distintos, porque esto no permite dar una respuesta clara y precisa al respecto, para la parte demandada no está debidamente especificadas o clasificadas todas las circunstancias allí enunciadas, lo que resulta anti técnico e innecesario y contrario al Art. 25 CPT y SS y podría llegar a obtener múltiples respuestas.

En los hechos 16, 19, 20, 21 y 22 se observan inferencias y apreciaciones del apoderado actor, haciendo juicios subjetivos, para eso está el acápite de fundamentos de derecho, lo que resulta anti técnico e innecesario y contrario

al Art. 25 CPT y SS, los hechos son los que sirven de fundamento a las pretensiones no a los fundamentos de derecho.

El hecho 24 no es un hecho objeto de litigio, se trata de un requisito para presentar demandas, como lo es el poder.

Por otro lado, el hecho 9, se observa que los subdivide en viñetas, esto, los cual no es de recibo del despacho por cuanto cada hecho de ser enumerado e individualizado y no subdividirlo, además no permite dar una respuesta clara y precisa a la parte demandada por cuando de un hecho" (sic).

II. AUTO OBJETO DE APELACIÓN

Mediante auto de fecha 23 de enero de 2020, el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta resolvió rechazar la demanda, debido a que, a su consideración, el apoderado del demandante se limitó a “presentar una nueva demanda sin subsanar lo atinente al hecho octavo (8), es decir la demanda inicial no fue subsanada, en razón a que en la demanda subsanada lo transcribe nuevamente en el hecho diez (10), el hecho de (3) de la demanda inicial no lo subsana en debida forma, toda vez que se devuelve por tener varias circunstancias narradas en ese hecho, y en la demanda subsanada en el hecho quinto (5) sigue incluyendo más de un hecho”.

III. APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La parte demandante no se encontró de acuerdo con la decisión anterior, por lo que interpuso recurso de apelación manifestando lo siguiente:

“En el hecho 10 de la demanda inicial manifesté “El trabajo que realizaba mi poderdante era con herramientas y equipos de propiedad de COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., teniendo como jefe inmediato a trabajadores supervisores y al gerente de la planta de la demandada COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., sus labores eran permanentes en el Corregimiento de San Faustino del Municipio San José de Cúcuta. Además de esto mi mandante firmaba diariamente la bitácora de labor, libreo que lleva la demandada COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. en salud ocupacional de la mina en el Corregimiento de San Faustino que controlaba el ingreso y retiro de los trabajadores en la Mina, con la dotación e implementos que estaban identificados con los emblemas exclusivos de COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO, las cuales eran entregadas en las instalaciones de la MINA donde no tenía injerencia las empresas de la relación laboral”

Y en el hecho 10 de la demanda subsanada manifesté: “Mi poderdante recibía órdenes e instrucciones directas de COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. y la labor fue ejecutada por mi representado de manera personal, atendiendo instrucciones del verdadero empleador COMPAÑÍA CERRO TASAJERO, S.A. para los diferentes turnos señalados por este, en este mismo lugar pernoctaban de lunes a sábado cuando se dirigían a sus

residencias para volver nuevamente el lunes a la labor dentro de la mina” Son hechos totalmente distintos y NO transcritos de la demanda inicial como lo quiere hacer demostrar el Juez de primera instancia.

Y en el hecho 5 de la demanda subsanada, NO fueron varios hechos solo manifesté de manera clara los periodos en el cual fue trabajador mi poderdante el señor JESÚS HORARIO GALVIZ MEDINA “Mi prohijado siempre presto sus servicios ininterrumpidos en el cargo de minero oficios varios-cargo de reforzados en minería para la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. desde el 14 de enero de 2021 hasta el día 29 de enero de 2014 durante cuatro años y quince días Así:

EMPRESA INTERMEDIARIA	PARA LA EMPRESA	PERIODO A/M/
SOS EMPLEADOS	COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO	14 de Enero de 2012 hasta 29 de enero de 2016

Con esto se demuestra claramente que SUBSANE la DEMANDA tal como lo Ordeno el Honorable Juez de primera instancia” (sic)

IV. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los antecedes presentados, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) que rechace la demanda o su reforma y el que las dé por no contestadas”.

El A quo en su providencia del 30 de septiembre de 2019 inadmite la demanda presentada por el señor JESÚS HORACIO GALVIZ MEDINA concediendo el término de cinco días a la parte demandante para que subsane las irregularidades anotadas, entre otras, las relacionadas los hechos listados en dicha providencia, los cuales, a su parecer, contenían más de una circunstancia de modo, tiempo o lugar.

Posteriormente la parte demandante presentó una nueva demanda subsanando los yerros anotados por el juez A quo; sin embargo, a juicio del togado, dos hechos, el N° 3 y el 8, no fueron modificados, sino que fueron incluidos en diferentes numerales, situación que llevó al operador judicial a rechazar la demanda. La apoderada del demandante presentó recurso de apelación contra dicha providencia, solicitando su revocatoria.

Siendo ello así, entra la Sala a determinar si le asistió razón la Juez A quo al inadmitir la demanda en un primer momento, y posteriormente a rechazarla, basada en la incorrecta formulación de los hechos del memorial correspondiente.

Ahora bien, las causales de inadmisión y rechazo de plano de la demanda, se dan por las mismas razones o motivos que se establecen en el Código General del Proceso artículo 90, ante la falta de disposición expresa al respecto en el procesal laboral, entre los cuales está, cuando la demanda no reúna los requisitos formales.

Se entiende que la demanda no reúne los requisitos formales, cuando no llena la totalidad de las exigencias previstas en la ley, resaltando que en este acto procesal, no le corresponde al Juez estudiar de fondo los hechos o pretensiones, sino que, deberá analizar si existen los hechos, las pretensiones, las identificaciones de las partes, del apoderado, conforme lo disponen los artículos 25, 25 A y 26 del CPT y SS.

De esta forma, el numeral 7º del art. 25 del CPT y SS modificado por el art. 12 de la Ley 712 de 2001 señala: “Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, clasificados y enumerados”.

Los supuestos de hecho que sustentan las pretensiones, deben ser sólidos y obedecen a un orden cronológico de acontecimientos que permite organizar de forma coherente los cimientos de lo que realmente aconteció, por ello, los hechos deben ser enumerados, y se entienden clasificados, porque obedecen a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron, con el fin de precisar durante el transcurso del proceso como al final de la decisión, las razones de éxito o fracaso de lo pretendido.

En este sentido, los requisitos formales de la demanda, en cuanto a pretensiones y hechos lo que exigen es precisión y claridad, esto es, que sean de fácil comprensión, que se encuentren realmente identificadas las ideas, debiendo establecerse que la única exigencia impuesta por la ley para presentar los hechos de la demanda, es que estén clasificados y enumerados, mas no limita la posibilidad de incluir apreciaciones personales y jurídicas que se consideren necesarias para fundar las pretensiones.

Por otra parte, el artículo 28 del C.P.T. y de la SS autoriza al juez, para que antes de admitir la demanda, y en el evento en que observe que no reúne los requisitos exigidos por el artículo 25 ibidem, la devuelva al demandante para que subsane las deficiencias que le señale, dentro de un término de cinco (5) días, corrección que de no hacerse conlleva al rechazo de la demanda.

Se hace importante señalar que, dichas exigencias tienen como objetivo permitir el real acceso a la administración de justicia, garantizando los derechos de quienes intervienen en el proceso; de suerte que al juzgador le está vedado exigir presupuestos por fuera de la norma, como tampoco apartarse de otros postulados de alcance constitucional, tales como el ejercicio del derecho material o sustancial que con las normas procesales se busca llegar.

CASO CONCRETO

En el auto de inadmisión de la demanda proferido el día 30 de septiembre de 2019, se observa que el Juez A quo solicitó al demandante reformar los hechos 2, 3, 4, 8, 10, 18 y 20 de su memorial, dado que los mismos presentaban varios hechos en un mismo numeral.

Posteriormente, en el auto mediante el cual se rechaza la demanda, el A quo indica que el hecho 8 inicial no fue modificado, sino únicamente se transcribió nuevamente en el numeral 10 del memorial de subsanación; y que el hecho 3 y 5 de este último continúan incluyendo más de un hecho.

Así las cosas, y revisando esta Sala los hechos motivo de inconformidad del director del proceso, se encuentra lo siguiente:

(i) En primer lugar, en el hecho 3 de la demanda inicial se indicaba lo siguiente:

(ii) “Mi mandante el señor JESÚS HORACIO GALVIZ MEDINA suscribió contrato individual de trabajo por la duración de una obra o labor determinada con varias cooperativas de trabajo y/o empresas de servicios temporales, pero siempre prestando sus servicios ininterrumpidos en el cargo de MINERO OFICIOS VARIOS- CARGO DE REFORZADOR EN MINERÍA para la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. desde el día 14 de Enero de 2012 hasta el día 29 de Enero de 2014, durante de CUATRO (4) año y QUINCE (15) días. Así:

EMPRESA INTERMEDIARIA	PARA LA EMPRESA	PERIODO A/M/
SOS EMPLEADOS	COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO	14 de Enero de 2012 hasta 29 de enero de 2016

(iii) En el hecho 5 de la demanda subsanada, se incluyó el siguiente hecho:

“Mi prohijado siempre presto sus servicios ininterrumpidos en el cargo de minero oficios varios-cargo de reforzados en minería para la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. desde el 14 de enero de 2021 hasta el día 29 de enero de 2014 durante cuatro años y quince días. Así:

EMPRESA INTERMEDIARIA	PARA LA EMPRESA	PERIODO A/M/
SOS EMPLEADOS	COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO	14 de Enero de 2012 hasta 29 de enero de 2016

Confrontando la redacción del anterior hecho N°3 y el N°5 incluido en la demanda subsanada, encuentra la Sala que, en efecto, aquel fue modificado, y si bien se incluyen en el mismo, factores tales como la identificación de su empleador, su cargo y los extremos de su actividad, tales circunstancias ya

fueron narradas en los hechos anteriores en el memorial de subsanación, y por tanto no representarían una falta grave que tenga la virtualidad, a juicio de esta Sala, de tener por rechazada la demanda.

- (i) Por otro lado, en el **hecho 8 de la demanda inicial** se narra lo siguiente:

“Mi poderdante siempre recibía órdenes e instrucciones directas de COMPAÑÍA CERRO TASAJERO S.A. y la labor fue ejecutada por mi representado de manera personal, atendiendo instrucciones del verdadero empleador COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. y cumpliendo el horario en la mina de CERRO TASAJERO.. para los diferentes turnos de trabajo señalados por este, en este mismo lugar pernoctaban de lunes a sábado cuando se dirigían a sus residencias para volver nuevamente el lunes a laborar dentro de la mina”.

- (ii) En el **hecho 10 de la demanda subsanada**, se lee lo siguiente:
“Mi poderdante siempre recibía órdenes e instrucciones directas de COMPAÑÍA CERRO TASAJERO S.A. y la labor fue ejecutada por mi representado de manera personal, atendiendo instrucciones del verdadero empleador COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. y cumpliendo el horario en la mina de CERRO TASAJERO, para los diferentes turnos de trabajo señalados por este, en este mismo lugar pernoctaban de lunes a sábado cuando se dirigían a sus residencias para volver nuevamente el lunes a laborar dentro de la mina”.

Estudiando este yerro encontrado por el Juez A quo en su providencia de rechazo de la demanda, considera la Sala, que si bien las aludidas circunstancias fácticas, como lo alega el juzgador simplemente fueron trasladadas al hecho No 10 de la demanda, no es factible deducir como lo indica el a quo, que tales circunstancias admitan varias respuestas en la contestación de la demanda, pues nada impide, que de su simple redacción la empresa demandada señale si el hecho es totalmente cierto, parcialmente cierto o completamente falso, al recaer las circunstancias fácticas narradas sobre la manera en que se ejecutó la aludida relación laboral, y que perfectamente pueden ser motivo de aceptación, aclaración o rechazo por parte de la demanda al referirse al aludido hecho.

Además, se hace importante recordar, que el Juez Laboral en su rol de director del proceso, está en la obligación de asumir una posición garantista y proteccionista de la parte quien reclama el reconocimiento de sus derechos laborales y cuando, los hechos son claros, precisos y coherentes con las pretensiones, el operador judicial no puede negarse a su estudio, aun teniendo en cuenta que la etapa procesal durante la primera audiencia, en especial la fijación del litigio, puede requerir a las partes para que manifiesten los hechos en que están de acuerdo, o para que aclaren sobre los mismo; así mismo, es deber del Juez interpretar la demanda, descubriendo el verdadero

alcance e intención del demandante, lo cual incluye examinar en su integralidad, el cuerpo de la demanda.

En tal sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral de la CSJ en la sentencia SL6621 del 2017: “La Corte ha sostenido que los jueces del trabajo tienen el deber de interpretar la demanda para desentrañar la real aspiración del demandante. Con mayor razón cuando la pretensión está encaminada a la satisfacción de un derecho fundamental y los elementos que lo configuran están debidamente descritos, probados y discutidos.”.

En igual sentido, la misma Sala de Casación Laboral en sentencia SL5868-2014 recalcó:

“(...) el proceso laboral debe ser visto como un conjunto de actos y reglas encaminados a lograr la administración de justicia y la adjudicación del derecho, que se ve permanentemente atravesado y delineado por un continuo diálogo de sus interlocutores y una importante labor de dirección por parte del Juez.

En ese devenir, la ley cuida especialmente que se construya y se profile, desde el inicio, una discusión clara y adecuadamente delimitada, además de que las demás actuaciones procesales se lleven a cabo de manera congruente con ese objeto del proceso.

Con tales fines, el legislador se ha valido de varios institutos procesales tendientes a delimitar el marco de la discusión y a desarrollar un proceso plenamente congruente y dotado de sentido. Así, por mencionar algunos de dichos instrumentos, en el proceso ordinario laboral se le exige a la parte demandante la indicación de lo que pretende, expresado con precisión y claridad, junto con la relación de los hechos y omisiones que le sirven de fundamento y las pruebas que pretenda hacer valer (artículo 25 del CPTSS); a la parte demandada le es imperioso pronunciarse explícitamente sobre esas pretensiones y hechos, aclarando las razones de su respuesta (artículo 31 del CPTSS); y, en el curso de la primera instancia, una vez trabada la relación jurídico procesal, el Juez debe fijar el litigio (artículo 77 del CPTSS), que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate, igual que los quedan fuera del mismo, por haber sido admitidos o abandonados por las partes (Ver CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 25844, CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36745, CSJ SL9318-2016).

Así las cosas, la Sala encuentra ajustada la solicitud del apoderado judicial recurrente, en tal sentido, se REVOCARÁ el auto proferido por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta fechado el 23 de enero de 2020, y en su lugar, se ADMITARÁ la demanda presentada y se ORDENARÁ que se continúe con el trámite procesal pertinente.

No se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se causaron.

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

V. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto apelado proferido por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 23 de enero de 2020 y en su lugar, ADMITIR la demanda de la referencia presentada por JESÚS HORACIO GALVIZ MEDINA contra la COMPAÑÍA MINERA CERROTASAJERO y otros, ordenar su notificación y correr traslado a la misma.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por cuanto no se causaron al no haberse trabado la litis.

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

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. 116, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 17 de noviembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2019-00105-00

Partida Tribunal: 19128

Demandante: TERESA BOHADA GOYENECHÉ

Demandada (o): PROVENIR S.A.-COLPENSIONES-MIN HACIENDA

Tema: EXCEDENTE EN LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS

Ref.: CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021).

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto del Circuito de Cúcuta el día 28 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2019-00105-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19128 promovido por la señora TERESA BOHADA GOYENECHÉ en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A. y LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA.

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 actora actuando por intermedio de apoderado judicial, demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se ordene a reconocer y pagar el saldo por concepto de aportes a pensiones obligatorias correspondientes a la suma de \$19'384.701, al pago de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de las costas procesales.

II. HECHOS

El demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos: que se encuentra afiliada en el sistema de pensiones a PORVENIR S.A., que a pesar de contar con la edad, no cuenta con el capital para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, que para el 11 de octubre de 2017

cuenta con un capital de \$69'877.749; que el 8 de diciembre de 2017 y 7 de marzo de 2018 previa solicitud a PORVENIR fueron aprobadas devoluciones de saldo de \$26'046.016 y \$24'446.942 para un total de \$50'493.048, por lo que, actualmente existe un saldo de \$19'384.701, que el 25 de abril de 2018 fue interpuesta la reclamación administrativa (sic) ante PORVENIR S.A.; que el fondo da respuesta argumentando que existe un bono pensional de \$44'066.919 a fecha de redención 18 de octubre de 2020. (Fecha de reparto 28 de marzo de 2019 fl.22).

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

LA AFP PORVENIR S.A. por intermedio de apoderado judicial dice no constarle los hechos y se opone a todas las pretensiones de la demanda, alegando que los aportes fueron devueltos a la demandante, que no es procedente el pago de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, propuso como excepciones de fondo la inexistencia del derecho pretendido, el pago, la buena fe, la prescripción, la innominada o genérica.

COLPENSIONES dice no constarle los hechos y se opuso a la totalidad de pretensiones manifestando que, PORVENIR informó que el bono pensional fue emitido por COLPENSIONES y girado a la cuenta de ahorro individual. Propone como excepción previa, la falta de legitimación por pasiva, el pago, la buena fe, la innominada o genérica.

LA NACION- EL MINISTERIO DE HACIENDA a través de apoderado judicial alega no constarle los hechos y se opuso a todas las pretensiones de la demanda, manifestando que el Bono Pensional de la demandante fue EMITIDO y REDIMIDO (PAGADO) ANTICIPADAMENTE por "DE VOLUCION DE SALDOS", mediante Resolución No. 17686 de fecha 22 de febrero de 2018, en respuesta a la solicitud que al respecto elevó a través del sistema interactivo la AFP PORVENIR el día 19 de diciembre de 2017.

Que la fecha de redención 'anticipada' del Bono Pensional tuvo lugar el día 30 DE OCTUBRE DE 2002, fecha que, de acuerdo a la información reportada por la Administradora en mención, corresponde a la del último aporte realizado por la señora TERESA SONADA GOYENECHÉ al RAIS, de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del Artículo 15 del Decreto 3798 de 2003 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones.

Que con base en la normatividad vigente, queda plenamente demostrado que el valor que se recibe por concepto de bono pensional NO ES EL MISMO si el bono se redime normalmente o por el contrario, de manera "anticipada" por cuanto, en este último evento el proceso de actualización y capitalización del mismo, está sujeto a la fecha de ocurrencia del siniestro, que para el caso de

la devolución de saldos es la fecha de la "última cotización efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS".

Que la fecha de la última cotización reportada por la AFP PORVENIR al momento de elevar la solicitud de emisión y redención del bono pensional de la demandante, fue el día 30 de Octubre de 2002 por lo que el beneficio en comento solo podía actualizarse y capitalizarse (IPC más interés del bono pensional, en este caso 4%) desde la fecha de corte (01 de Julio de 1994) hasta el 30 de Octubre de 2002 y a partir de esta fecha solo actualizado (IPC) hasta el pago, atendiendo lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto 3798/03 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones, antes enunciado.

“Por consiguiente, al efectuar la operación en el sistema interactivo de bonos pensionales tenemos que: El valor del bono pensional a fecha de corte (01/07/1994) era de \$3,130.382.00, monto que actualizado y capitalizado hasta el 30 de Octubre de 2002 (fecha de la última cotización realizada por la demandante al RAIS), asciende a la suma aproximada de \$12.503.000.00 y luego solo actualizado desde esta última fecha hasta la fecha en que se efectuó el proceso de pago en el sistema interactivo de la OBP (22/02/2018) nos da un valor a pagar de \$24.778.000.00, monto que es EXACTAMENTE IGUAL al reconocido a la señora TERESA BOHADA GOYENECHÉ por dicho concepto (\$24.778.000.00), quedando en evidencia que la "supuesta" diferencia" reclamada por el apoderado de la parte actora JAMAS HA EXISTIDO y que por el contrario, el beneficio en mención fue EMITIDO y REDIMIDO (PAGADO) de manera correcta y atendiendo a la prestación o beneficio pensional que la AFP PORVENIR le reconoció a la referida señora (Devolución de Saldos), siendo por ello necesario concluir que las pretensiones de la demandante están llamadas a FRACASAR”.

Por último, propuso como excepciones de fondo, la inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe, la ausencia de responsabilidad del Ministerio de Hacienda y la genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 28 de octubre de 2020, negó lo pretendido por la demandante, declaró que existe decisión incita de acuerdo al sentido de la sentencia sobre las excepciones de mérito propuestas por las pasivas, y condenó en costas a la demandante.

Fundamentó el juez A quo su decisión en el hecho que, de las pruebas aportadas en especial, la liquidación del bono pensional de **forma anticipada**, el Ministerio de Hacienda y el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., actuaron en debida forma, según lo previsto en el artículo 16 del Decreto 1848 de 1995 modificado por el artículo 5 del Decreto 1474 de 1997 hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016, esto es, que ante la solicitud de la

devolución de saldos establecida en el art. 66 de la Ley 100 de 1993, el bono se actualizará y capitalizará desde la fecha de corte, hasta la fecha de la última cotización efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad y actualizado desde esta fecha hasta aquella en que se expida la resolución que ordena el pago, en este asunto, desde la fecha de corte 1 de julio de 1994 hasta el 30 de octubre 2002 y a partir de esta última fecha 31 de octubre del 2002 solo actualizado con el IPC; luego entonces, la redención y pago anticipado del bono pensional no arroja el mismo valor si la petición se hubiese realizado el 18 de octubre de 2020, razones por las cuales consideró, que el valor pagado a la demandante, se ajusta a las normas jurídicas vigentes, esto es, da un valor de \$24.778.000, ese es el valor reconocido por el bono pensional tipo A.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

PORVENIR S.A. por intermedio de su apoderado judicial solicitó confirmar en su totalidad la sentencia de primera instancia, ya que se realizó la devolución de saldos a favor del demandante, sin quedar saldo pendiente en la cuenta de ahorro individual, pues se realizaron 4 pagos a favor en las fechas y cuantías determinadas en la contestación demanda, que contienen, los aportes, rendimientos y bonos pensionales que obraban en la cuenta de ahorro individual, por lo tanto, nada adeuda PORVENIR S.A a la señora demandante.

En igual sentido, **COLPENSIONES** solicitó confirmar la sentencia de primer grado, argumentando que el bono pensional fue redimido en forma anticipada, lo cual indica que el valor no es igual al que se solicita en término.

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

VI. CONSIDERACIONES

El presente asunto fue remitido para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por tratarse de un fallo adverso a las pretensiones de la demandante, luego entonces, **el problema jurídico** se reduce a determinar si la liquidación del bono pensional efectuada por las entidades demandadas se ajusta a la normatividad aplicable o de lo contrario, existe un excedente a favor de la demandante que deberá ser pagado con la devolución de saldos.

Bajo las anteriores consideración, se tiene que, la devolución de saldos es un beneficio contemplado en la regulación de seguridad social, de carácter subsidiario, que se concede en el régimen de ahorro individual a las personas afiliadas que, al llegar a la edad definida para pensionarse por vejez, no cumplen los requisitos legales mínimos para ello, y por el solo hecho de haber sido parte del sistema y contribuido al mismo, tienen derecho a que le reintegren los saldos acumulados para que no queden totalmente desamparados en la etapa de la vejez (sentencia CSJ SL6558-2017). Dicha posibilidad está contemplada en el referido artículo 66 de la Ley 100 de 1993, así:

ARTÍCULO 66. DEVOLUCIÓN DE SALDOS. Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

Conforme lo anterior, es claro que los *saldos* a los que esta disposición alude como objeto de devolución al afiliado son: (i) el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, incluidos sus rendimientos financieros, y (ii) **el valor del bono pensional**, si a este hubiere lugar (SL4313-2019).

Asimismo, la norma en análisis dispone que para acceder a tal valor, el afiliado debe: (i) haber cumplido las edades previstas en el artículo 65 *ibidem* para acceder a la garantía de pensión mínima, estas son, 62 años en el caso de los hombres y 57 años para las mujeres; (ii) no reunir el mínimo de 1150 semanas que dicho precepto contempla para causar la referida prestación, y (iii) no acumular el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo en el régimen de ahorro individual.

Se hace importante aclarar que, tratándose de los hombres la edad para acceder a la devolución de saldos, coincide generalmente con la data de la redención normal del bono -62 años-, de modo que si un hombre de 62 años no ajustó 1150 semanas de cotización, no reunió el capital suficiente para financiar la pensión de vejez en los términos establecidos en la regulación del régimen de ahorro individual y acude a la figura prevista en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, **inexorablemente deberá acceder a ello**, pues en dicho evento (i) se cumplieron con los plazos y las condiciones definidos en la legislación para concretar el derecho pensional sin que ello acontezca, y (ii) para redimir normalmente el bono.

Por el contrario, **cuando se trata de una mujer**, la edad para acceder a la **solicitud de devolución de saldos -57 años-** nunca coincide con la de

redención normal del bono -60 años en este caso-, de modo que en tales casos debe analizarse detalladamente **si es posible la redención anticipada** de dicho bono a la edad de 57 años porque a ello podrá accederse solo si se acredita que para la fecha de redención *normal* del bono tampoco se reuniría el capital suficiente para financiar la prestación de vejez, pues, de comprobarse lo contrario, debe privilegiarse el otorgamiento de la prestación principal periódica -pensión de vejez- sobre la secundaria o subsidiaria -devolución de saldos.

De otro lado, el BONO PENSIONAL “*es un instrumento a través del cual se concretan los aportes de los afiliados ya causados, con sus rendimientos y que es válido trasladar*” (sentencia SL17421-2017 CSJ).

Respecto al Bono Pensional Tipo A, se tiene que, se emite en favor de las personas que se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad, solo se suma a la cuenta individual al momento de la redención o cuando el afiliado se decide pensionar anticipadamente, en el momento de la negociación en el mercado de valores, y mientras esto no ocurra permanece en custodia del Estado, de ahí que sea el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el encargado de tales efectos.

Ese tipo de bono, a su vez se enmarca bajo dos modalidades, que se definirán sobre un supuesto, si el trabajador tuvo la primera vinculación laboral después del 30 de junio de 1992, caso en el que será modalidad 1, y **cuando su nexa en el trabajo lo fue antes de esa fecha tendrá modalidad 2.**

Como se explicó en renglones anteriores, en el caso de las mujeres -como en este caso-, y con el fin de promover el referido objetivo primario del sistema de pensiones, se justifica que la persona afiliada espere el momento en que se redima normalmente el bono a efectos de acceder a una pensión de vejez, en vez de hacerlo de forma anticipada para obtener el reconocimiento de la devolución de saldos.

Sin embargo, el artículo 16 del citado Decreto 1748 de 1995, modificado por el precepto 5.º del Decreto 1474 de 1998, señala que también se dará la **redención anticipada** de los bonos pensionales tipo A «que no hayan sido negociados ni utilizados para adquirir acciones de empresas públicas, el fallecimiento o la declaratoria de invalidez del beneficiario, o bien la devolución del saldo en los casos previstos en los artículos 66, 72 y 78 de la Ley 100 de 1993».

Así las cosas, **la redención normal del bono pensional tipo A** se produce cuando ocurre alguna de estas circunstancias: (i) la persona afiliada cumple 62 años si es hombre, o 60 años si es mujer -fecha de referencia o redención

normal establecida en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo previsto en los artículos 11, numeral 1) del Decreto 1299 de 1994 y 20, literal a) del Decreto 1748 de 1995-; (ii) completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono -artículo 20, literal c) del Decreto 1748 de 1995- o, (iii) cuando alcance la edad en la que haya transcurrido el tiempo de 500 semanas en los casos de las personas excluidas de dicho régimen en virtud del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, salvo que se manifieste la imposibilidad de cumplir tal exigencia -artículo 20, literal b) del Decreto 1748 de 1995 y CSJ SL4313-2019-; y (iv) por solicitud de la administradora de pensiones privada, una vez esta ha obtenido autorización escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital necesario para optar por una de las modalidades de pensión y dicho bono ha sido efectivamente negociado en el mercado secundario de valores -artículo 12 del Decreto 1299 de 1994, en concordancia con el artículo 16 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el 5.º del Decreto 1474 de 1998 (Sentencias SL4305-2018 y SL196-2019).

Por otra parte, **la redención anticipada ocurre** cuando (i) la persona afiliada fallece, (ii) es declarada en situación de invalidez, o (iii) no cumple con el requisito de semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión de vejez, y el bono pensional, si hay lugar a él, no ha sido negociado -artículos 11, numerales 2 y 3 del Decreto 1299 de 1994, y 16 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el 5.º del Decreto 1474 de 1998.

Sobre el procedimiento previsto para el pago del bono pensional, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL4305-2018, razonó:

- 1) Del procedimiento para la liquidación, emisión y expedición de los bonos pensionales tipo A:

Para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional.

En lo pertinente a las etapas b y c, la OBP realiza la liquidación provisional del valor del bono a la fecha de corte. Antes de la emisión del bono pensional se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado. Según lo dispone el inciso 9º del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, la liquidación provisional no constituye una situación jurídica consolidada.

Realizada la liquidación provisional, la AFP debe darla a conocer al afiliado, para que éste la apruebe y la firme de conformidad con lo estipulado en el

artículo 7° del Decreto 3798 de 2003. Si no está de acuerdo, el afiliado debe explicar a la AFP sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes, debe realizarse una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional.

Ahora, el inciso 2° del art. 15 del Decreto 3798 de 2003 dispone: *“Si la redención anticipada se origina en la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, el bono se actualizará y capitalizará desde la fecha de corte hasta la fecha de la última cotización efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y actualizado desde esta fecha hasta aquella en que se expida la resolución que ordena el pago. En los casos en que el afiliado haya solicitado la indemnización sustitutiva, la liquidación y pago de la misma se regirá por las normas vigentes”*.

“Téngase en cuenta que la proyección de la rentabilidad del bono no es una operación complicada de hacer, dado que ello se efectúa con una variable proyectada -índice de precios al consumidor- y otra cierta o conocida -interés del bono del 3% o 4%-, dependiendo de si la afiliación al régimen de ahorro individual se produjo antes o después del 1.º de enero de 1999, conforme lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1299 de 1994 (sentencia SL1142-2021)”.

Caso en concreto.

En este asunto no existe discusión en que:

1. La demandante cumplió los 60 años de edad 18 de octubre de 2020.
2. Que aportó al régimen pensional de prima media con prestación definida ISS un total de 445 semanas, a otras administradoras 17 semanas y por último a PORVENIR 290 semanas desde el 13 de junio de 1984 hasta el mes de septiembre de 2002 (fls.10-12).
3. Que para el momento en que la demandante solicitó la devolución de saldos, contaba con 57 años de edad y se demostró que es beneficiaria del bono pensional tipo A modalidad 2, ya que el saldo de su cuenta individual no le permite financiar la pensión anticipada de vejez, de modo que requiere de los recursos de dicho bono para proceder a la devolución de saldo, por lo que, PORVENIR profirió en los meses de diciembre de 2017, marzo, julio y agosto de 2018 cartas de aceptación en las que entregó las sumas de \$26'046.106 (fl.12) y \$24'446.942 (fl.13), \$3'752.695 (fl.106) y \$1'559.769 (fl.107) para un total de **\$55'805.512**.
4. Que según historia laboral consolidada generada el 11 de octubre de 2017, se especificó que las semanas cotizadas por la demandante sumaban un total de 752, que la fecha de redención “NORMAL” del

bono estimada para el 18 de octubre de 2020 correspondía a la suma de \$44'066.919 y que el saldo en la cuenta de ahorro individual a la fecha de generación es de \$25'810.830.

5. Que la señora Bohada Goyeneche presentó ante PORVENIR el 05 de abril de 2018 una petición correspondiente a lo que consideraba como excedente de la devolución de saldos, esto es, a la suma de \$19'384.701, resultante de la contabilización del bono pensional \$44'066.919 y \$25'810.830, puesto que solo había recibido un total de \$50'493.048 (fls.14-17).

De las pruebas aportadas se concluye que, la redención del bono pensional de la demandante se realizó en **forma anticipada en el año 2017**, de tal suerte que, lo señalado en la historia laboral respecto al valor de la redención **para la fecha del 18 de octubre de 2020 en la suma de \$44'066.919**, no corresponde a la realidad, pues esta suma debía ser efectiva cuando la afiliada realizara la redención para la fecha en que cumplía los 60 años de edad, condición que no se cumplió, porque la petición de la devolución de saldos fue en el año 2017, lo cual conlleva a que el valor indicado disminuya al total liquidado por el Ministerio de Hacienda, esto es: **\$24.778.000.00**.

En virtud a lo anterior, la fórmula para calcular la proyección de la rentabilidad del bono TIPO A modalidad B, es: mediante el IPC con el intereses del 4%, ya que la afiliación al RAIS se produjo con anterioridad al 1º de enero de 1999 (fecha de afiliación al RAIS: 5 octubre de 1995) y bajo la **modalidad 2** pues la fecha de afiliación al SGSSS fue anterior a 1º de julio de 1992 (13 julio 1984), conforme lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1299 de 1994; resultando a la fecha del corte, 1º de julio de 1994 la suma de \$3'130.382 que actualizado a la fecha de la última cotización 30 de octubre de 2002, arroja un total de \$12'503.000, la cual actualizada conforma al IPC para la fecha de pago, asciende a la suma de \$24'778.000.

Así las cosas, el problema jurídico se resolverá en forma desfavorable a la demandante, por lo que, la decisión de primera instancia deberá ser confirmada en su totalidad, al demostrarse que no existen diferencias a favor de la afiliada BOHADA GOYENECHÉ, actuaciones por parte de PORVENIR, MIN HACIEDA Y COLPENSIONES, que estuvieron ajustadas a derecho.

No se condenará en costas procesales en esta instancia, por operar el grado jurisdiccional de consulta de pleno derecho.

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 por el Juzgado Cuarto del Circuito de Cúcuta el día 28 de octubre de 2020, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas procesales.

NOTIFÍQUESE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 116, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 17 de noviembre de 2021.

Secretario



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

Cúcuta, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	PROCESO ORDINARIO
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2019-00393-00 -P.T. 19226
DEMANDANTE:	TRINA GLADYS TORRES SALAMANCA
DEMANDADO:	PORVENIR S.A., COLPENSIONES y PROTECCIÓN

MAGISTRADA SUSTANCIADORA:
DR. NIDIAM BÉLEN QUINTERO GELVES

En término oportuno dentro del proceso ordinario seguido por TRINA GLADYS TORRES SALAMANCA contra PORVENIR, COLPENSIONES y PROTECCIÓN, el apoderado de la parte demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por esta Sala en el proceso de la referencia de fecha 24 de mayo del año en curso.

La Ley Procesal Laboral establece que la cuantía para la viabilidad del recurso de casación, debe ser superior a los ciento veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su vez la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el valor del interés para recurrir en casación de la parte demandada, habrá de determinarse de acuerdo al monto de las condenas impuestas a dicha parte, y el de la parte demandante según el monto de las pretensiones que le han sido denegadas.

La Sala considera procedente conceder el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada teniendo en cuenta lo decidido en la sentencia y la liquidación efectuada por el contador asignado a la Sala, conforme al dictamen rendido dentro del presente proceso el que fue estimado de la siguiente manera.

LIQUIDACIÓN SALDO APORTES A PENSIÓN	\$ 423.280.422.00
TOTAL, LIQUIDACIÓN	\$423.280.422.00

Teniendo en cuenta que el valor de la liquidación presentada por el contador asignado a esta Sala, esta supera el monto de los ciento veinte salarios mínimos que exige la ley procesal laboral para la viabilidad del recurso extraordinario de casación, cuantía que para el momento de la sentencia de segunda instancia año 2021, es de \$109.023.120.00, por lo anterior la Sala concederá el recurso extraordinario de casación, a la parte recurrente.

Por lo expuesto la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONCEDER ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada PORVENIR S.A. contra la sentencia dictada el día veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintiuno (2021), dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente auto, remítase el expediente a la mencionada Superioridad, dejándose las debidas constancias de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAN BÉLEM QUINTERO GELVES
MAGISTRADA SUSTANCIADORA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO



ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 116, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 17 de noviembre 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 ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA

Rad. Juzgado: 54-498-31-05-001-2017-00104-00

Partida Tribunal: 19071

Demandante: PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA.

Demandada (o): DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER –SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL Y OTRO.

Tema: CONTRATO DE TRABAJO

Ref.: APELACIÓN.

San José de Cúcuta, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por el apoderado judicial de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña el día 11 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 544983105001 201700104-00 y partida de este Tribunal Superior No.19071 promovido por el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA contra el DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER –SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL y CORPORACION SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO.

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 PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se declare la existencia del contrato de trabajo como conductor desde junio de 2005 hasta junio de 2014 para con las partes demandadas y que dicha relación terminó de forma injusta por parte del director de la entidad educativa Fernando Alberto Clavijo Vega. En consecuencia, que se condene a las entidades a reconocer y pagar el reajuste salarial, las prestaciones sociales (cesantías, intereses de las

cesantías, vacaciones y prima de servicios), el valor correspondiente a la dotación, calzado y vestido, al pago de la indemnización por no consignación de las cesantías, al pago de la sanción doble de interés por no pago, indemnización prevista en el art. 65 del CST, al pago de las cotizaciones al sistema general de seguridad social, a la indexación y al uso de las facultades extra y ultra petita y la condena en costas.

En forma subsidiaria, solicitó que se declare la relación laboral de acuerdo con los extremos que se lleguen a probar en el transcurso del proceso.

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 fue contratado verbalmente en junio de 2005 por el señor Fernando Alberto Clavijo Vega en calidad de director del Centro Educativo Rural Aguas Claras del Municipio de Ocaña, adscrito a la Secretaría de Educación del Departamento de Norte de Santander; que las funciones desarrolladas eran de conductor de transporte escolar, adicional a ello, ejercía actividades de oficios varios al interior de la institución, donde realizaba labores de arreglos, pintura etc.
- 2) Que, sin perder continuidad, suscribió contrato de prestación de servicios el 12 de agosto del 2005, con el director de la institución educativa, para ejercer la misma labor.
- 3) Que la Secretaría de Educación Departamental lo vinculó a través de la Corporación Social Educativa Paz y Futuro por medio de contratos a término fijo inferior a un año en los siguientes periodos: (i) del 05 de junio al 30 de septiembre de 2008, (ii) del 1º de septiembre al 30 de noviembre de 2009, (iii) del 8 de abril al 30 de junio de 2010.
- 4) Que, al finalizar los anteriores contratos, continuó realizando la misma labor para la institución educativa de forma continua e ininterrumpida.
- 5) Que el salario devengado inicialmente fue de \$380.000 pesos y después de \$40.000 pesos y nunca se ajustó al salario mínimo legal mensual vigente.

- 6) Que, hasta la fecha, el empleador nunca le pago prestaciones sociales, no lo afilió al sistema general de seguridad social, no le pagó auxilio de transporte, no le suministraron dotación calzado y vestido.
- 7) Que el 08 de septiembre de 2016 realizó la reclamación al Departamento de Norte de Santander- Secretaría de Educación Departamental y a la Institución Educativa Rural Aguas Claras del Municipio de Ocaña.
- 8) Que a la fecha las entidades demandadas no le han cancelado ningún emolumento laboral por su actividad personal para con ellas dentro del periodo mencionado.

III. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDADAS.

EL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER a través de apoderada judicial no aceptó los hechos y se opuso a todas las pretensiones de la demanda, alegando que la relación laboral del demandante no tuvo ninguna injerencia para con el Departamento de Norte de Santander. Como excepciones de fondo propuso las que denominó falta de competencia por indebido agotamiento de reclamación administrativa, falta de jurisdicción y competencia, falta de integración de litis consorcio necesario, prescripción.

La CORPORACIÓN SOCIAL Y EDUCATIVA “PAZ Y FUTURO”, aceptó parcialmente los hechos y se opuso a todas las pretensiones de la demanda, manifestando que la entidad durante la relación contractual cumplió a cabalidad con sus obligaciones como empleador; propuso como excepciones de fondo, el cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, la genérica y como excepción previa la prescripción.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA, en sentencia de fecha 11 de septiembre de 2020, declaró no fundadas las pretensiones del demandante y declaró la existencia de una relación laboral a término fijo entre el demandante PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA y la CORPORACION SOCIAL Y EDUCATIVA PAZ Y FUTURO como empleador, entre el 5 de junio de 2008 al 30 de noviembre de 2008, del 1 de septiembre de 2009 al 30 de septiembre de 2009 y, del 8 de abril de 2010 al 30 de junio de 2010. No condenó en costas.

La anterior decisión la fundamentó en que, de conformidad con las pruebas documentales aportadas y las declaraciones rendidas en audiencia, se demostró que la actividad principal ejercida por el demandante para con el Departamento de Norte de Santander en la Institución Educativa de Aguas Claras, era de CONDUCTOR, labor correspondiente a la de un EMPLEADO PÚBLICO, según la naturaleza de la entidad pública, además que las actividades de oficios varios como: “echar agua”, “llevar papelería”, “llevar encomiendas”, “pintar” fueron realizadas en forma esporádica que no tienen relación directa con la construcción y/o sostenimiento de obras públicas, por lo que, no cumple con el requisito de la excepción de la normatividad respecto a la calidad de servidores públicos, en aras de aplicar el principio de la primacía de la realidad y determinar que era trabajador oficial.

Trae a colación los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 27543 del 23 de agosto del 2006, donde se estudiaron los artículos 5 del decreto 3135 de 1968, 42 de la Ley 11 de 1996 y del decreto 373 del mismo año, que consagran el principio general sobre la naturaleza del vínculo laboral de los servidores oficiales catalogándolos como empleados públicos, y solo por excepción les da tratamiento de trabajadores oficiales cuando en cada caso se demuestra que, las actividades desarrolladas en la actividad personal del servicio, se relacionan con la construcción y sostenimiento de obras públicas.

Respecto a la vinculación existente entre el demandante el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA y la Corporación PAZ Y FUTURO, se demostró conforme a los documentos aportados y lo alegado en la demanda, que dicha relación laboral se efectuó mediante contratos a término fijo entre el 5 de junio de 2008 al 30 de noviembre de 2008, del 1 de septiembre de 2009 al 30 de septiembre de 2009 y, del 8 de abril de 2010 al 30 de junio de 2010, y que durante estos lapsos, se pagaron las prestaciones sociales debidas, tal como lo asegura el mismo demandante.

Por último, que ante la petición de amparo de pobreza no se condena en costas al demandante.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial del demandante no se encontró de acuerdo con la decisión proferida por el Juez A quo, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la sentencia se establece un conflicto de competencias, señalando que el vínculo del actor corresponde al de un empleado público, sin embargo, el Juzgado Octavo Administrativo de Cúcuta en auto del 9 de noviembre del 2017, había declarado la falta de competencia para conocer el proceso teniendo en cuenta que se estaban señalado actividades distintas o actividades complementarias a las de CONDUCTOR y por lo tanto, era un trabajador oficial.

Que el proceso fue enviado al Consejo Superior de la Judicatura quien definió esa competencia y señaló que la misma correspondería a la justicia ordinaria, por lo tanto, el Juez Laboral debía pronunciarse respecto a las pretensiones del actor.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

VII. CONSIDERACIONES

Aclaración.

Previo al estudio del objeto de la litis, se hace importante señalar, que en este asunto el Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria conoció el conflicto negativo de competencia entre el Juzgado Octavo Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta y el Juzgado Único Laboral de Ocaña, Norte de Santander, y mediante auto calendado el 14 de febrero de 2018 y visto a folios 123-149 del expediente, determinó que la competencia para resolver el asunto, era de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, bajo los siguientes argumentos:

“(…) el actor sostiene que, vinculado a través de una tipología diversa de contratos con el fin de prolongar el vínculo contractual con la demandada, dicho cargo que ostentó por 9 años, sin el reconocimiento de prestaciones sociales que debería tener derecho.

(…)

Siendo así, que la definición de las presentes diligencias sometidas a consideración de la Sala, ha concluido que el demandante que se desempeñó como conductor escolar, mediante una tipología de contratos diversos, no se le reconoció ni posesionó como empleado público y tampoco ejerció actividades de dirección o confianza en la institución, **se tiene entonces que es un trabajador oficial, que laboró desde el 05 de junio de 2005 hasta el 30 de junio de 2014, y por lo tanto se debe dar aplicación a la Ley 712 de 2001 artículo 2º numeral 1º...**”

La apoderada judicial del demandante, hace especial énfasis en que el Juez A quo analizó nuevamente una discusión que había sido resuelta por el Consejo Superior de la Judicatura, esto es, la calidad de servidor público del actor, por ende, al absolver al Departamento Norte de Santander con sustento en no ser el juez natural, vulnera los derechos reclamados en la demanda principal.

En estas condiciones, la Sala considera que el Juez A quo erró al determinar nuevamente la calidad de servidor público del demandante, discusión que quedo zanjada con la decisión proferida por el Consejo Superior de la Judicatura en la providencia anterior, de tal suerte que no es viable absolver a los entes demandados, bajo el argumento de la calidad de empleado público del trabajador demandante.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL3748-2020, rad. No. 49201 del 02 de septiembre de 2020 M.P. Doctor Gerardo Botero Zuluaga y ratificada en la sentencia de radicado 74428 SL4226-2020, en una situación similar a la que aquí se estudia, adoctrinó que, en acatamiento de la cosa juzgada, y el derecho de acceso a la administración de justicia, una vez el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dirime el conflicto de competencias, **el juzgador a quien se atribuya el conocimiento de la causa, no puede absolver con sustento en que, en su criterio, no es el juez natural, pues tal definición, así no la comparta, se considera cosa juzgada.**

En la situación bajo estudio, similar al caso reseñado, el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en la sentencia aludida, dentro del marco de su competencia constitucional (artículo 256 numeral 6 CP), y legal (artículo 112 numeral 2 de la Ley 270 de 1996), resolvió que el juez natural era la jurisdicción ordinaria, por ende, luego de esta decisión, no constituye razón plausible para la absolución, la argumentación dada por el juez de segundo nivel, quien estaba compelido por lo que determinó el organismo jurisdiccional competente de cierre.

No atender lo resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria, no solo trasgrede el derecho al debido proceso en su manifestación de cosa juzgada, sino adicionalmente, cercena el fundamental de acceso a la administración de justicia, consagrado por la Carta Política en el artículo 229, que se distingue como un derecho fundamental y prevalente, que se relaciona con la efectividad de otros bienes constitucionales¹, como “puerta de entrada a la efectividad real de los demás derechos [por tanto] la obstrucción al acceso a la justicia significa la consiguiente vulneración de los demás derechos fundamentales que ante ella se hacen efectivos”².

Problema Jurídico.

Aclarado lo anterior, el conflicto en esta instancia, se orienta a verificar si quedó plenamente demostrado que el demandante Pedro Nel Gahona Peñaranda prestó sus servicios mediante un contrato de trabajo en aplicación a la primacía de la realidad, con el Instituto Educativo Rural Aguas Claras –

¹ Corte Constitucional, sentencia T-134 del 18 de febrero de 2004, Considerando 3 párrafo 1.

² Corte Constitucional, sentencia T -114 del 22 de febrero de 2007, Considerando 4.3.

Departamento Norte de Santander desde junio de 2005 hasta junio de 2014, tiempo en el que, no le fueron reconocidas las prestaciones sociales legales, cesantías, vacaciones, prima de servicios, intereses de las cesantías, dotación, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, indemnización por no pago de cesantías, cotizaciones seguridad social integral.

Igualmente, se aclara que la prestación del servicio entre el demandante y la Corporación Paz y Futuro entre el 5 de junio de 2008 al 30 de noviembre de 2008, el 1º de septiembre de 2009 al 30 de septiembre de 2009 y, del 8 de abril de 2010 al 30 de junio de 2010, no fueron discutidas, al ser aceptado por la parte demandante, en los cuales, dice que dichos periodos fueron pagados y liquidados en debida forma, comprimiendo el empleador con sus obligaciones laborales, además, solicita el descuento de los valores en caso de la condena.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2127 de 1945, se entiendo por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia, y este último a pagar a aquél cierta remuneración.

En consecuencia, conforme al artículo 2º de dicha normatividad para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y
- c) El salario como retribución del servicio.

Así mismo, el artículo 20 del Decreto Ley 2127 de 1945, dispone que el contrato de se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; correspondiendo a este último deruir la presunción. De tal suerte que el curso del proceso, al trabajador le basta con acreditar la actividad personal desarrollada a favor del empleador público, para que se por ministerio de la Ley se presuman a su favor los otros elementos del vínculo laboral, quedando obligada la entidad publica demandada, a demostrar el carácter autónomo e independiente de la labor ejecutada.

ACTIVIDAD PERSONAL y CONTRATO DE TRABAJO

En ese orden de ideas, procede la Sala a establecer si de los elementos de juicio allegados al plenario, existe prueba de la actividad personal que el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA desarrollo a favor de la entidad Educativa Departamental Aguas Claras, ubicado en el Municipio de Ocaña, para de esta manera acreditar la existencia del contrato de trabajo.

En estas condiciones, se tiene que a la luz de la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994), el servicio educativo: i) entre otros elementos, comprende los **«establecimientos educativos»** y los recursos materiales, administrativos y financieros articulados a los objetivos de la educación (artículo 2); ii) será prestado en las «instituciones educativas del Estado», sin perjuicio de las iniciativas privadas (artículo 3); iii) es responsabilidad de la Nación «y de las entidades territoriales» garantizar su cobertura (artículo 4); iv) dichos establecimientos deben contar con una infraestructura y planta física adecuada (artículo 138); y, por último, v) serán la Nación «y las entidades territoriales» las que ejercerán la dirección y administración de los servicios educativos estatales (artículo 147).

De las pruebas aportadas al plenario, mediante Decreto 252 de 2005 se crearon los Centros Educativos Rurales del Departamento Norte de Santander, y en su art. 165 el CENTRO EDUCATIVO RURAL AGUAS CLARAS del Municipio de Ocaña, que después se convirtió en “INSTITUCIÓN EDUCATIVA AGUAS CLARAS” mediante Decreto 000956 del 16 de noviembre de 2011, en concordancia con la Ley 715 de 2001.

De igual forma, el art. 171 de la Ley 115 de 1994 establece que los Gobernadores podrán ejercer inspección y vigilancia a través de la respectiva Secretaria de Educación y en competencia de sus facultades, señaladas en el art. 153 ibidem, el señor Gobernador de Norte de Santander mediante Decreto 0601 del 18 de octubre de 2013 ordenó la incorporación del personal docente, en calidad de rectores de algunos directores que venían desempeñándose como Directores Rurales en propiedad, entre quienes figura el señor Fernando Alberto Clavijo Vega, quien ejercía el cargo desde el nombramiento en propiedad mediante Decreto 0488 del 25 de julio de 1985.

De lo expuesto, esta Sala pretende dejar claro que, los establecimientos de educación preescolar, básica y media oficiales, privados y de régimen especial no tienen personería jurídica propiamente dicha, lo cual se deduce

de los artículos 9 de la Ley 715 de 2001 y 2.3.2.1.2. al 2.3.2.1.11. del Decreto Único Reglamentario del Sector Educación - DURSE (Decreto Nacional 1075 de 2015), además, como ya se mencionó, el acto administrativo de carácter oficial mediante el cual la entidad territorial DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER-Secretaría de Educación creo el nuevo establecimiento educativo oficial “INSTITUCIÓN EDUCATIVA AGUAS CLARAS”, demuestra que dicha institución pertenece a los establecimientos educativos oficiales como dependencias del sector central de la administración de la respectiva entidad territorial sin personería jurídica, los cuales pueden hacer parte de la estructura de la correspondiente secretaría de educación territorial o estar adscritas a la misma, y son administrados por el respectivo departamento en aquellos municipios no certificados, o por el municipio o distrito certificado en educación, según los dictados de los artículos 6.2.3. y 7.3 de la Ley 715 de 2001.

Dicho lo anterior, procederá la Sala a valorar las pruebas documentales aportadas al plenario y que gozan de validez al no ser tachadas de falsedad y las declaraciones rendidas en audiencia, con el fin de establecer si existe prueba de la actividad personal desarrollada por el trabajador a favor del Departamento de Norte de Santander, en el establecimiento educativo Aguas Claras del Municipio de Ocaña, para de esta forma dar cabida a la presunción que regula el artículo 20 del Decreto 2127 de 1.945

De esta manera, se tiene que, a folio 36 de los anexos aportados por el demandante, se encuentra un documento con membrete del Centro Educativo Rural Aguas Claras Norte de Santander, donde se suscribe:

CONSTANCIA

Yo PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA con cédula de ciudadanía No. 88'277.992 de Ocaña, hago constar que recibí del Centro Educativo Rural Aguas Claras, la suma de dos millones de pesos (\$2'000.000) por concepto de salarios.

Ocaña, noviembre 26 de 2007

El documento aparece firmado solamente por el actor.

A folios 37 del cuaderno digital anexo, se aportó un documento sin membrete, una hoja en blanco nombrada CONSTANCIA de febrero 2008 alcanzándose a leer que la suma recibida por el actor es de \$470.000 entregados por el director Fernando Alberto Clavijo Vega en el 2008, solo aparece la firma del actor.

Con membrete del Centro Educativo Rural Aguas Claras Norte de Santander, se encuentran a folios 73, 77, 78, 83, 84, 85 que dice que DEBE al demandante:

- 1) La suma por conducción de vehículo transporte de alumnos: \$500.000, con fecha 20 de febrero de 2008.
- 2) La suma por transporte de alumnos-vereda: \$300.000, con fecha 19 de junio de 2009.
- 3) La suma por transporte de alumnos-vereda: \$200.000, con fecha 31 de julio de 2009.
- 4) La suma por transporte de alumnos-vereda: \$400.000, con fecha 30 de septiembre de 2009. (En este periodo estaba con contrato con la corporación Paz y Futuro).
- 5) La suma por transporte de alumnos-vereda: \$500.000, con fecha 19 de abril de 2009.

A folio 38 igual que el anterior por la suma de \$734.500 entre febrero y abril de 2008, sin embargo, solo aparece la firma del actor sin tener conocimiento de quien hace dicha entrega o el motivo.

A folio 39 y 71 del cuaderno digital anexo, fue aportado un documento sin membrete, una hoja en blanco nombrada CONSTANCIA donde el actor dice que recibió de parte del señor Fernando Alberto Clavijo Vega \$470.000, solo con la firma del demandante en mayo 2008 y por concepto de “conducir la camioneta”.

A folio 40 y 70 del cuaderno digital anexo, otro documento en blanco nombrado CONSTANCIA de 13 de junio de 2008 donde el demandante asegura recibir \$200.000 por concepto de conducir la camioneta desde el 21 de mayo al 4 de junio de 2008. (En este periodo estaba con contrato vigente con la Corporación Paz y Futuro).

A folio 41 del cuaderno digital anexo, otro documento en blanco nombrado CONSTANCIA de pago de servicios de celaduría los días 15, 16, 17 y 18 de agosto de 2008, donde el demandante asegura recibir \$60.000 pero no dice quien entregó el dinero y a que institución le prestó el servicio. (En este periodo estaba con contrato vigente con la Corporación Paz y Futuro).

A folio 42, 74, 80 se encuentra un documento repetido con membrete del Centro Educativo Rural Aguas Claras Norte de Santander, donde se suscribe que se debe al demandante, la suma de \$500.000, concepto: conducción vehículo transporte niños, fechado el 27 de marzo de 2009.

A folio 43 se visualiza un documento con membrete de la Secretaría de Educación del Departamento- Centro Educativo Rural Aguas Claras Norte de Santander, constata a través del director Fernando Alberto Clavijo Vega, que el señor Pedro Nel Gahona Peñaranda prestó sus servicios para el Centro Educativo como Auxiliar Administrativo entre el 01 al 31 de octubre de 2009, constancia firmada por el director el 05 de noviembre de 2009. (En este periodo estaba con contrato vigente con la Corporación Paz y Futuro).

A folio 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 86-95 se encuentran los documentos con membrete del Centro Educativo Rural Aguas Claras Norte de Santander, donde se suscribe que se debe al demandante:

- (i) la suma de \$300.000, concepto: Abono Transporte Veredas-Sede Central, fechado el 06 de septiembre de 2010.
- (ii) la suma de \$400.000 por concepto de transporte veredas 6 octubre al 6 noviembre, fechado el 10 de noviembre de 2010.
- (iii) la suma de \$400.000, transporte vereda-sede central (noviembre), fechado 26 de noviembre de 2010, solo con la firma del actor.
- (iv) La suma de \$300.000 transporte vereda-sede central (19-31 enero), fechado 30 de enero de 2011, solo con la firma del actor.
- (v) La suma de \$300.000, transporte vereda-sede central (1-13 febrero), fechado 01 de marzo de 2011, solo con la firma del actor.
- (vi) La suma de \$600.000, transporte vereda-sede central (14-06 marzo), fechado 07 de marzo de 2011, solo con la firma del actor.
- (vii) La suma de \$900.000, transporte vereda-sede central (17 marzo al 29 abril), fechado 29 de abril de 2011, solo con la firma del actor.
- (viii) La suma de \$600.000, transporte vereda-sede central (2-31 mayo), fechado 10 de julio de 2011, solo con la firma del actor.
- (ix) La suma de \$300.000, transporte vereda-sede central (1-10 junio), fechado 15 de julio de 2011, solo con la firma del actor.
- (x) La suma de \$600.000, transporte vereda-sede central (5 julio-5 agosto), fechado 30 de julio de 2011, solo con la firma del actor.
- (xi) La suma de \$600.000, transporte vereda-sede central (6 agosto-5 septiembre), fechado 31 de agosto de 2011, solo con la firma del actor.

- (xii) La suma de \$600.000, transporte vereda-sede central (octubre), fechado 01 de noviembre de 2011, solo con la firma del actor.
- (xiii) La suma de \$600.000, transporte vereda-sede central (noviembre), fechado 30 de noviembre de 2011, solo con la firma del actor.
- (xiv) La suma de \$1'025.000, transporte vereda-sede central fechado 30 de marzo de 2012, solo con la firma del actor.
- (xv) La suma de \$1'025.000, transporte vereda-sede central (noviembre), fechado 30 de abril de 2012, solo con la firma del actor.
- (xvi) La suma de \$600.000, transporte vereda-sede central, fechado 31 de mayo de 2012, solo con la firma del actor.
- (xvii) La suma de \$300.000, transporte vereda-sede central fechado 19 de junio de 2012, solo con la firma del actor.
- (xviii) La suma de \$480.000, transporte vereda-sede central fechado 3 de agosto de 2012, solo con la firma del actor.
- (xix) La suma de \$400.000, transporte vereda-sede central fechado 4 de septiembre de 2012, solo con la firma del actor.

A folios 96-97 del anexo al expediente, se aporó dos derechos de petición incoados por el actor ante la Secretaría de Educación Departamental, recibidos por la señora Yamile Castro identificada como auxiliar administrativo recibido el 24 de mayo de 2016 y 23 de septiembre de 2015, donde el demandante solicita los contratos suscritos y los comprobantes de pago conforme a la prestación del servicio con el Centro Educativo Rural Aguas claras.

A folio 100 del mismo cuaderno, en documento firmado por el señor Fernando Alberto Clavijo Vega fechado el 6 de junio de 2016, indicó:

Respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de dar respuesta a su derecho de petición, radicado en el despacho de la rectoría de esta Institución Educativa.

Copia del Contrato de prestación de servicios independientes en el 2005.

Copias encontradas en archivos, cuentas de cobro diferentes años.

En cuanto a los periodos, fechas y cuantía de lo cancelado se puede evidenciar en las cuentas de cobro firmadas por usted.

En el año 2013 usted laboró en una empresa a nivel Departamental, no se posee ningún documento.

El servicio prestado fue acordado en el año 2005 mediante contrato de prestación de servicios independientes (Ver copia), y el resto de los años no existe contratos, el servicio se realizó directamente entre FERNANDO

ALBERTO CLAVIJO VEGA y el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA y la cancelación se efectuó mediante cuentas de cobro.

En cuanto al primer derecho de petición presentado por usted en septiembre de 2015, después de un diálogo entre nosotros, usted tomó la decisión de desistir del proceso, de lo anterior, puede dar fe la señora YAMILE CASTRO ARÉVALO y KAROL MUÑOZ secretarias de la Institución.

De igual forma, la Gobernación de Norte de Santander-Secretaria de Educación, el 14 de julio de 2016 contestó la petición presentada por el demandante, manifestando entregar la existencia y representación legal de la Institución Educativa Rural Aguas claras y en cuento a los soportes del contrato con la Corporación Paz y Futuro, debía solicitarlos a la misma, asegurando que no existen soportes de relación contractual con el centro educativo (fl.30 del anexo).

A folio 57 con firma del director Fernando Alberto Clavijo Vega del Centro Educativo Aguas Claras, suscribe un documento donde constata que el Centro Rural le adeuda al señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA la suma de DOS MILLONES CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL PESOS (\$2'185.000), por concepto del transporte de los alumnos del sector rural, suscrito en el mes de julio de 2007.

A folios 60-69 se aportaron fotocopias de recibos de caja manuales, que dice que el Centro Educativo Aguas Claras paga por concepto de transporte los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2006 diferentes sumas que varían entre \$6.000 hasta \$200.000, documentos que solo los firma el demandante.

Por último, a folio 102 se allegó un contrato de prestación de servicios independientes, suscrito entre el señor Fernando Alberto Clavijo Vega actuando en nombre y representación del Centro Educativo Rural Aguas Claras en calidad de CONTRATANTE y el señor Pedro Nel Gahona Peñaranda como CONTRATISTA, para prestar el servicio como conductor de un vehículo de propiedad de la Institución, por un periodo de siete (07) meses, y por la suma de \$2'800.000, contrato suscrito el 12 de agosto de 2005.

De las pruebas documentales anteriores, se logra acreditar la actividad que como conductor desarrollo el demandante Pedro Nel Gahona Peñaranda a favor de la Institución Educativa Rural Aguas Claras; además, con las cuentas de cobro presentadas, se tiene certeza que dicha prestación del servicio personal se materializó durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010., 2011 y 2012, pero en forma interrumpida, por espacios cortos en el

mes, recordando en esta ocasión, que existen 3 contratos a término inferior a un año, que fueron celebrados con la Corporación Paz y Futuro de la siguiente manera:

Fls. 23-24 Contrato entre el 5 de junio al 30 de septiembre de 2008.

Fls. 19-20 desde el 1º de septiembre hasta el 30 de septiembre de 2009.

Fls. 28 y 33 desde el 8 de abril hasta el 30 de junio de 2010.

Así las cosas, demostrada la prestación del servicio por parte del demandante a favor de la entidad pública demandada, opera la presunción legal prevista en el art. 20 del Decreto 2127 de 1.945, por lo que, se entrará a analizar junto con las pruebas documentales anteriores y las declaraciones rendidas en audiencia, si la demandada Departamento Norte de Santander, logró desvirtuar dicha presunción, demostrando el carácter autónomo e independiente de los servicios prestados.

En este sentido, se tiene que, se presentaron 3 testigos a declarar, el señor Alirio Plata quien señaló que fue profesor en la Institución Educativa Rural Aguas Claras durante 20 años con fecha de terminación en el año 2009; el señor Hernando Picón quien manifestó ser vecino y amigo del demandante y la señora Yadira Meneses quien señaló que conoce al señor Pedro Gahona porque fue su pareja durante los años 2004 hasta el 2014.

El señor Alirio Plata aseveró que el señor Pedro Nel Gahona Peñaranda trabajó en la Institución Educativa Rural Aguas Claras como conductor del bus y el servicio de transporte, además, que realizaba otras labores, como la jardinería, se encargaba del agua y algunas veces pintaba muros; aseveró que inicialmente el Consejo Directivo del Colegio lo contrató y explica que él participó de esa elección porque fue profesor durante mas de 20 años hasta el 2009; que el Consejo no solicitó autorización o permiso de otra autoridad; que después fue contratado por la Corporación Paz y Futuro, pero no tiene conocimiento del contrato. Aseveró que el actor trabajó desde el año 2005 hasta el 2014, con horario de 5:00 am hasta las 3:00 pm. Que en el colegio no había celador. Que el rector está sujeto a las decisiones del Consejo Directivo. Que el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA no presentaba cuentas de cobro para recibir los pagos. Que los pagos por los servicios del señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA se sacaba de aportes de padres de familia y fondos del Consejo Directivo, nunca se le pagó un salario mínimo. Que el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA siempre manifestó estar inconforme con el pago por sus servicios, pero que nunca se le pagó lo pertinente porque no se contaban con los fondos para pagarle lo debido. Que el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA trabajaba alrededor de 9 horas

diarias, de lunes a viernes. Que no recuerda haberse hecho contratos u oficios en la vinculación del demandante con la institución.

El señor Hernando Picón manifestó que le consta que el demandante trabajó con la Institución Educativa Rural de Aguas Claras, porque era su vecino y siempre lo veía manejando una camioneta; aseguró que hacía varios recorridos en el vehículo hasta las 2 de la tarde. Que no sabe porque el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA dejó de trabajar para la institución, ni que tampoco lo vio desarrollando otras actividades que no fuera dentro del colegio. Que el “patrón” del señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA era el rector, pero no sabe quién le pagaba por sus labores.

La señora Yadira Meneses dice que fue pareja del actor desde el 2004 hasta el año 2014. Que sus dos hijos mayores estudiaron en la institución demandada. Que el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA trabajó para la institución demandada como chofer en una camioneta y en un bus. Que la camioneta que manejaba era de él, y el bus era del Colegio Agustina Ferro. Que el actor tenía qué hacer varios recorridos, empezando desde las 5:00 am. Luego de la primera ruta, lo mandaban a realizar otros oficios. Que sabía de esto porque sus hijos usaban ese transporte. Que las rutas de trasporte las establecía el Rector de la institución. Que el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA tenía como salario \$ 380.000 pesos entre el 2005 al 2006, sueldo que fue bajando consecutivamente. Que el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA se dedicaba solo a estas funciones. Que para esa época el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA vivía con sus padres. Que en esa época se dedicaba solo a sus hijos, y a estar con el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA pues era su pareja. Que vivía con la mensualidad que el padre se sus hijos le pasaban por cuota de alimentos. Que vivía en una casa propia en esa época. Que trabajaba desde las 5:00 am hasta las 7:00 am como chofer, y desde ahí en adelante hacía otras labores, como echar el agua que se bombeaba desde un pozo cerca de la institución, en lo que se demoraba entre media hora a una hora.

Que el señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA dejó de trabajar en la institución demandada porque el bus en el que trabajaba estaba en una condición pésima. Que cuando el bus se varaba, quien lo arreglaba era el director de la institución. Que cuando el bus necesitaba gasolina, la cuenta se anotaba en un cuaderno. Que acompañaba de vez en cuando al señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA en el bus, no era constante. Que la camioneta que el demandante manejó al principio era de propiedad del mismo demandante, y que la manejó por 3 años. Que la jornada laboral del señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA era de 5:00 am hasta las 2:00 pm. De 5:00 am hasta las 7:00 am trabaja haciendo el recorrido, y que 7:00 am hasta

la 1:00 pm en otros oficios como: llevar el agua, trasportar papelería, o cualquier otro oficio que se necesitara, terminando con una última ruta de 1:00 pm hasta las 2:00 pm. Que el demandante cumplía órdenes del director de la institución demandada. Que al señor PEDRO NEL GAHONA PEÑARANDA le pagaba una profesora al principio, luego el director de la institución, y por último la institución Paz y futuro, esta última a través de consignación bancaria.

En el interrogatorio absuelto por el demandante, manifestó bajo la gravedad de juramento, que lo contrató por primera vez un profesor llamado Alirio Plata. Que empezó usando una camioneta propia unos 15 días. Luego usó una camioneta roja del Colegio, que estaba en un mal estado, finalmente trabajó en un bus. Que le pagaron al principio por días, y luego en el 2005 le pagaron el mes \$380.000, de ahí en adelante le bajaron las tarifas de pago, pasando a \$120.000 pesos. Que no recuerda en que año la institución Paz y Futuro lo contrató, pero recuerda que fue un año de contrato. Que el colegio le daba órdenes para todo tipo de labores. Que la gasolina y los arreglos de los vehículos los pagaba el rector del colegio. Que la corporación Paz y futuro lo vinculó para ser conductor, pero en el colegio los profesores le indicaban ordenes u oficios varios. Que en el contrato con la corporación Paz y futuro solo fue para conductor. Que no leyó el contrato. **Que ejecutaba otras labores a las contratadas por órdenes de los profesores del colegio**. Que no sabe leer bien. Que actualmente está desempleado. Que vive en la vereda Cotorreras, finca el milagro. Estudios realizados hasta cuarto de primaria. Que no recuerda quien le dio la tarjeta bancaria para recibir los pagos. Que no recuerda que hizo con la tarjeta del banco. Que durante el tiempo que trabajó para Paz y futuro se le pagó la dotación, y que solo reclama el tiempo que trabajó para el colegio. Que Paz y futuro le pagaba mensualmente su salario y que firmaba en la institución.

Valoración probatoria.

De las pruebas aportadas y practicadas dentro del presente asunto, la Sala considera que a pesar de acreditarse la existencia de una actividad como conductor para transportar estudiantes desarrollada por el demandante a favor de la Institución Educativa Rural Aguas Claras del Municipio de Ocaña y cuya vigilancia y administración son exclusivas del Departamento Norte de Santander-Secretaría de Educación Departamental, dicha labor se desarrolló de manera liberal e independiente, sin que interviniera en su acción, el poder subordinante por parte del empleador, conforme a los siguientes argumentos:

En primer lugar, se debe indicar que el actor inició sus servicios como conductor, mediante contrato de prestación de servicios en agosto de 2005

por un interregno de siete meses, contratación que fue suscrita entre el director de la Institución Educativa y el demandante, cuyo único objeto fue el de realizar la función de **CONDUCTOR de las rutas rurales de los estudiantes de la institución educativa rural aguas claras del Municipio de Ocaña**, según la documental aportada y en especial la relación de los conceptos establecidos en las cuentas de cobro ya relacionadas, labor que se ejecutó durante algunos meses de los años 2006, 2007, 2010, 2011 y 2012, lo cual demuestra que no existía una prestación constante del servicio contratado, máxime cuando la ruta escolar solo tenía una duración de dos horas, desde las 5am a las 7am.

En segundo lugar, advierte la Sala, que el transporte de los estudiantes de la institución educativa rural aguas claras, no fue ejecutada en un vehículo adscrito a dicho establecimiento, sino que, según lo informan los declarantes allegados, tal actividad fue desarrollada en primer lugar en un vehículo de propiedad del demandante, posteriormente en un automotor del colegio Agustina Ferro, y finalmente en un bus de servicio particular, de tal suerte que bajo esas condiciones, es factible concluir que el servicio prestado no se ejecutó con elementos propios de la entidad demandada, sino que el contratista del servicio asumía dicha provisión en concretas rutas escolares previamente pactadas durante un lapso de dos horas diarias.

En tercer lugar, se pudo establecer que en múltiples oportunidades el pago por la actividad ejecutada era reconocido de forma voluntaria entre los profesores de la institución educativa aguas claras del Municipio de Ocaña, advirtiendo la Sala que si bien algunos deponentes indican que después de las 7 de la mañana y hasta la 1 o 2 de la tarde, el actor esporádicamente realizaba oficios varios al interior de la Institución Educativa, tales actividades fueron coordinadas con los profesores del ente educativo, es decir con personal que en modo alguno representa al Departamento de Norte de Santander, lo cual no genera ningún tipo de subordinación con el ente territorial demandado, al ser coordinadas y remuneradas por actores particulares no vinculados a la litis.

Finalmente, como ya se advirtió, las cuentas de cobro aportadas demuestran que el pago se realizó con características de una actividad ejercida por periodos cortos de tiempo, que fueron cobrados por el actor por una actividad ejercida en máximo dos horas diarias (desde las 5 a.m. hasta las 7 a.m.) ya que las supuestas actividades al interior de la Institución, eran dirigidas por diferentes profesores, quienes le pagaban de forma liberal y voluntaria los servicios prestados.

Bajo estas condiciones, se concluye que la actividad ejercida por el demandante GAHONA PEÑARANDA con el INSTITUTO EDUCATIVO RURAL AGUAS CLARAS del DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, se dio bajo la figura de prestación de servicios sin subordinación, en forma interrumpida por cortos espacios durante los años 2005 al 2012, ejerciendo la actividad de CONDUCTOR rural para el transporte de los estudiantes durante dos horas diarias, derruyéndose así la presunción de que trata el artículo 20 del Decreto 2127 de 1.945, no quedando camino diferente para esta Tribunal que CONFIRMAR la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas, en el sentido de ABSOLVER al ente territorial demandado Departamento Norte de Santander- Secretaría de Educación del Departamento, de todas las pretensiones incoadas en su contra.

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

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, el día 11 de septiembre de 2020, pero por las razones expuestas en esta sentencia, en el sentido de ABSOLVER al ente territorial demandado Departamento Norte de Santander-Secretaría de Educación del Departamento, de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante Pedro Nel Gahona Peñaranda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia por operar el amparo de pobreza.

NOTIFIQUESE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

(Aclaración de voto)
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 116, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 17 de noviembre de 2021.



Secretario



SALA DE DECISIÓN LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

Ordinario: 54498-31-05-001-2017-00104-00

Demandante: Pedro Nel Gahona Peñaranda

Demandado: Departamento de Norte de Santander y otros.

Con el debido respeto, manifiesto que en esta oportunidad aclaro el voto, en el sentido que si bien estoy de acuerdo con la confirmación de la absolución dictada en primera instancia frente a la totalidad de pretensiones elevadas por el protagonista procesal; no comparto el que se hubiere criticado la providencia impugnada, resaltando que no podía el *A Quo* analizar nuevamente la calidad de servidor público del actor porque tal tópico ya había sido decantado por la otrora Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al dirimir conflicto negativo de competencia suscitado entre el Juzgado Octavo Administrativo Mixto de Cúcuta y el Juzgado Único Laboral de Ocaña.

Lo anterior, porque estimo, el hecho de que exista un pronunciamiento previo emanado de autoridad facultada legalmente para desatar controversias relacionadas con la asignación de competencia, no obligaba *per sé* al juez de conocimiento, tener por acreditada la calidad de trabajador oficial discutida en el escrito seminal pues tal situación fáctica ha de corresponder al análisis minucioso y detallado del elenco probatorio arrimado al trámite, como a bien tuvo proceder el juez laboral.

Mírese, además, que la jurisprudencia invocada por el magistrado ponente como fundamento de su intelección, dígase, sentencia SL3798 de 2020, revela una realidad fáctica que contraría lo concluido en la

decisión de segunda instancia. En efecto, reflexiona el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral que cuando se dirime un conflicto negativo de competencia, el juez o funcionario a quien se le asigne no puede a la postre, inhibirse de desatar la controversia planteada por los extremos procesales bajo argumento de carecer de la calidad de *“juez natural del asunto”*.

Lo que resulta lógico si se tiene en cuenta que dicha designación de competencia constituye para el operador jurídico la obligación ineludible de adelantar las etapas procesales pertinentes hasta proferir sentencia que ponga fin al litigio. Y así lo ratifica la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al estimar:

“En otras palabras «la institución procesal de la cosa juzgada pretende que no se provoque un nuevo pronunciamiento judicial cuando quiera que él ya fue adoptado por decisión en firme, entre partes que jurídicamente son las mismas, sobre el mismo objeto y con fundamento en la misma causa» (SL5472-2014), por lo que el Tribunal no podía tener como fundamento de su decisión, que el « “Juez Natural” » para conocer del presente asunto era el de lo Contencioso Administrativo, ya que ello implica un pleno desconocimiento a una providencia proferida por otra autoridad jurisdiccional en firme que, se insiste, ya había definido tal aspecto”.

Prohibición en la que en manera alguna incurrió el titular de la célula judicial de primera instancia, porque si bien procedió a despachar desfavorablemente las pretensiones elevadas por el actor, no lo hizo por considerar que el petitum desborda su espectro fáctico de competencia, sino, por estimar no acreditada la calidad de trabajador oficial de cara a las labores desempeñadas por el incoante. Lo que resulta ajustado a derecho de cara a lo reglado y exigido por el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 cual prevé que *“El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción”*.

Sobre este punto resulta importante recalcar cómo en un apartado de la ya mentada jurisprudencia, el órgano de la especialidad concluye que:

*“...el Tribunal no incurrió en el error de hecho que se le endilga, ni apreció equivocadamente las piezas procesales denunciadas, **pues lo cierto es que el referido juzgador precisamente confirmó la sentencia de primer grado, debido a que consideró que el demandante en atención al cargo de médico que desempeñaba se ejercía en su condición de empleado público**”* -Se destaca-

Así las cosas, en mi sentir, la actuación desplegada por el Juez Único Laboral de Ocaña guarda un orden lógico y legal que imponía a este colegiado el deber de confirmarla en su integridad.

Con toda consideración,



ELVER NARANJO

Magistrado