



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA LABORAL**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrado Ponente**

**SENTENCIA No. 154
APROBADA EN ACTA No. 23**

Guadalajara de Buga, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

**PROCESO ORDINARIOS LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DEMANDANTE:
GINA LIZETH SOTO GRUESO DEMANDADO: CLINICA SANTA SOFIA DEL
PACIFICO LTDA. Y SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S
SOLASERVIS RADICADO: 76-109-31-05-001-2017-00206-01**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por los apoderados judiciales de las sociedades demandadas en contra la sentencia proferida en audiencia Pública celebrada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura el día dieciséis (16) de mayo del año dos mil diecinueve (2019).

En aplicación del Decreto Legislativo 806 de 2020, se profiere la sentencia por escrito, previo traslado a las partes para presentar sus alegatos de segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

I.1. La demanda

La señora GINA LIZETH SOTO GRUESO, actuando a través de apoderada judicial, instauró proceso ordinario laboral de primera instancia en contra de las sociedades CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., y SOLUCIONES LABORALES Y SERVICIOS S.A.S. SOLASERVIS S.A.S., a fin de que se declare la existencia de una relación laboral a término indefinido entre el 1 de diciembre de 2013 y el 10 de febrero de 2015 con la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., fungiendo como intermediario la sociedad SOLASERVIS S.A.S.

En consecuencia de la declaratoria de las relaciones laborales, dentro de los periodos antes mencionados, se condene a las demandadas a la reliquidación y pago de la totalidad de las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, laboradas; la reliquidación y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones compensadas en dinero, la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación completa de las cesantías causadas desde el 2013 a 2016; indemnización por mora en el pago completo de



salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación de la relación laboral art. 65 del C.S.T., así como la indemnización por despido sin justa causa; la indemnización moratoria del párrafo 1, del art. 65 del C.S.T., modificado por el art., 29 de la ley 789 de 2002, párrafo 1, por no remitir a la terminación de la relación laboral copia de pagos a seguridad social y parafiscales; la indemnización por terminación unilateral sin justa causa.

Como fundamento de sus pretensiones expresó que: a través de la sociedad SOLASERVIS S.A.S., suscribió un contrato de obra o labor, sin especificar o determinar la extensión de la obra, que prestó sus servicios para la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA, cumpliendo con un horario de trabajo de 7:00 a.m., a 2:00 p.m., y de 2:00 p.m. a 10:00 p.m., y de 10:00 p.m a 7:00 a.m., y otros de 7:00 a.m. hasta las 5:00 p.m., de lunes a viernes, que los horarios no se podían variar sin previa autorización del supervisor o coordinador de la demandada, que recibía órdenes y directrices para el desarrollo de sus funciones por parte de los directivos y coordinadores de la Clínica; que la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., era la empresa que fijaba las políticas de atención a los usuarios, tanto así que para ausentarse del trabajo tenía que solicitar permiso a los directivos de la clínica; que como retribución de sus servicios percibió un salario de \$ 1.350.000 para el año 2013 y en el 2014 la suma de \$ 1.400.000; que la relación se extendió hasta el 21 de septiembre de 2016 fecha en la que demandante renunció; que la demandante no recibió el pago de sus prestaciones sociales a la finalización del contrato; que no le cancelaron el valor completo de las horas extras; que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales para la liquidación de sus prestaciones sociales de cada año al haberse excluido las horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos. Los demás hechos se encuentran en el libelo de la demanda.

1.2. Las respuestas a la demanda

La CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., al descorrer el traslado de la demanda aceptó los hechos 1, 3, 4, 8, y 19, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o que no le constan, respecto de las pretensiones se opuso a todas y cada una de ellas, y propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PAGO TOTAL, BUENA FE, GENERICA O INNOMINADA, PRESCRIPCIÓN.”* (ff. 139 a 146).

Por su parte, la demandada SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. – SOLASERVIS S.A.S., en su escrito de respuesta aceptó los hechos: 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21 y 22. De los demás hechos manifestó que no son ciertos o que no le constan, frente a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas, y propuso como excepciones de mérito: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, MALA FE DEL DEMANDANTE, LÍMITES A LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA, INEXISTENCIA DE DESPIDO INJUSTO, EXCEPCIÓN GENÉRICA, PRESCRIPCIÓN GENÉRICA, BUENA FE DE SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S., COMPENSACIÓN”.* (ff. 155 a 192)



1.3 Sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, mediante sentencia No. 009. Resuelve:

“PRIMERO: DECLARAR probadas parcialmente de compensación propuesta por la demandada SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. - SOLASERVIS S.A.S., conforme se expuso en la parte motiva de este fallo.

“SEGUNDO: DECLARAR que entre la señora GINA LIZETH SOTO GRUESO y la CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., existió un contrato realidad de carácter laboral verbal a término indefinido regido por el C.S.T., sin solución de continuidad que inició el 01 de diciembre de 2013 y finalizó el 12 de febrero de 2015.

“TERCERO: DECLARAR que SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. - SOLASERVIS S.A.S., fue una simple intermediaria, dentro de la relación laboral que existió entre la señora GINA LIZETH SOTO GRUESO y la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA.

“CUARTO: DECLARAR que SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. - SOLASERVIS S.A.S., es solidariamente responsable, por los emolumentos laborales que aquí se condenaran.

“QUINTO: CONDENAR a la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., y solidariamente a SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. - SOLASERVIS S.A.S., a pagar el valor de reliquidado del año 2014, a favor de la señora GINA LIZETH SOTO GRUESO, conforme se expuso en la parte motiva de este proveído de las siguientes prestaciones:

Cesantías	\$ 412.500,00
Primas de servicio	\$ 245.939,33
Intereses a las cesantías....	\$ 32.480,00
Trabajo suplementario	\$ 580.473,00
Total	\$ 1'271.392,00

“SEXTO: CONDENAR a la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., y solidariamente a SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. - SOLASERVIS S.A.S., al pago de una indemnización moratoria a favor de la señora GINA LIZETH SOTO GRUESO, en valor de \$42.960.000,00 y a partir del 13 de febrero de 2017, y hasta que le sean pagadas las prestaciones sociales a la demandante se pagaran intereses moratorios a la tasa máxima crédito de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, conforme se expuesto en la parte motiva de este proveído.

...”



Recurso de apelación Clínica Santa Sofía LTDA.

La Clínica reprochó el fallo de primer grado en los siguientes aspectos:

1) Se opone a la declaratoria del contrato realidad entre la señora GINA LIZETH SOTO GRUESO y la la CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO, como quiera que no existió nunca vínculo contractual y mucho menos de orden laboral, en ningún momento se acreditaron el cumplimiento de los requisitos que estipula el CST para la configuración de un contrato de trabajo, indicando que a duras penas se logró acreditar el cumplimiento de uno de los requisitos el cual es la prestación personal del servició. Sin embargo, no se logró acreditar en ningún momento del proceso el cumplimiento de los restantes que son la subordinación y la retribución o salario.

Considera la demandante en su declaración reconoce que en ningún momento recibió órdenes de parte del personal de la clínica, que las únicas que las que en su momento llegó a recibir fueron dadas por la coordinadora del servicio, que recordemos estuvo vinculado con la codemandada SOLASERVIS S.A.S., y si en algún momento logró recibir ciertas ordenes por parte del personal de la Clínica Santa Sofía estas sencillamente obedecieron a directrices inherentes a la subordinación delegada que recordemos es la figura que se desprende de los contratos suscritos dentro de las empresas usuarias y las empresas de empleo temporales, entonces el hecho que se haya ejercido en algún momento la subordinación delegada por parte de mi representada no quiere decir o no significa esto que se considere como una subordinación directa por parte de la Clínica Santa Sofía hacia la demandante.

2) Que de acuerdo a las pruebas aportas y presentadas en el plenario quedó demostrado que la empresa de empleo temporal Solaservis S.A.S., le pagó a la demandante todas y cada una de sus acreencias laborales conforme había sido pactado en el contrato laboral suscrito con dicha empresa, y que en ningún momento en dicha relación la demandante manifestó alguna oposición o inconformidad respecto a lo pacto y recibido en su momento por la empresa de empleo temporal.

“Con relación a la declaratoria salarial de los auxilios no constitutivos de salario no se debió tener como salarias dichos auxilios como quiera que estos auxilios pues considra fueron pactados acorde a las disposiciones normativas que establece el CST, más exactamente en su art 128 en el que señala que las partes podrán ponerse de acuerdo de manera expresa pactar auxilios, beneficios o incentivos que no constituyen salario, en este sentido y en el caso de marras es evidente que en el cuerpo de los contratos suscritos entre la demandante y la empresa de empleo temporales Solaservis S.A.S., se pactaron dichos acuerdos, los cuales repito gozan y están revestidos de validez por encontrarse acorde a la realidad laboral colombiana, en tal sentido entonces, no debieron decretarse como salariales pese a su pago periódico ya que como lo ha manifestado la honorable corte suprema de justicia en su sala laboral la periodicidad en el pago de un auxilió no implica per sé que deba ser considerado como salario.



En este caso la demandante debió demostrar que dichos auxilios ingresaron efectivamente a su patrimonio como una contraprestación directa por sus servicios, cosa que no logró demostrar o acreditar en el presente proceso, luego entonces dichos auxilios no debieron haber sido decretados como salariales, y por ende no debe haber lugar a la reliquidación del salario y las prestaciones decretadas por este despacho.

3. De manera subsidiaria solicita en virtud de las consideraciones antes expuestas que se declare que obró de buena fe y en tal sentido no se hace merecedora a las sanciones previstas en el artículo 65 del CST, lo anterior porque su proceder no se encuentra revestido de mala fe, sino que en acatamiento a las normas sustantivas que regulan las relaciones laborales actuó de conformidad a lo establecido en el art. 128 CST y a los distintos pronunciamientos emitidos por las altas cortes sobre el particular especialmente atendiendo que de los testimonios recolectados y el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la Clínica aclaró que “los auxilios que se definieron en conjunto con la EST Solaservis S.A.S., tienen una clara finalidad de compensar hechos de la consecución de profesionales calificados en la ciudad de Buenaventura que como lo manifestó de igual manera la testigo Yuly Sujey Cortes eran de difícil consecución dado que la ciudad de Buenaventura carece del personal capacita para ejercer dichas actividades al interior de la Clínica Santa Sofía del Pacifico.

Apelación SOLASERVIS S.A.S.

Reprocha la sentencia apelada en los siguientes aspectos:

1) la declaración de contrato realidad, ya que de acuerdo a las pruebas obrantes lo que existieron 2 contratos de trabajo, los cuales al momento de terminación de cada uno se le pagaron las prestaciones sociales a la trabajadora, no hubo ninguna burla de los derechos, pues precisamente cada vez que se terminó se le pago lo que se le adeudaba, durante la relación laboral se le pagaron sus horas extras, recargos nocturnos, dominicales, salarios y unos auxilios no constitutivos de Salario.

2) la indebida aplicación del art. 128 del CST, ya que este articulo permite que las partes de común acuerdo dispusieran que determinados pagos como en el caso concreto de un auxilio de rodamiento de transporte y alimentación que se pagaría de manera habitual fueran considerado por las partes como salario no constitutivo y por lo tanto, no deben ser incluidos en la liquidación de las prestaciones sociales, horas extras, recargos y dominicales dejándolos por fuera de esas liquidaciones, creo que en conclusión se equivoca el Despacho al ordenar una reliquidación de estos conceptos, de las horas extras, salarios, vacaciones, etc., ya que se incluyó en el estos auxilios no constitutivos de salario perjudicando a Solaservis S.A.S., y abriendo camino a un enriquecimiento sin justa causa por parte de la trabajadora GLSG, la norma en comento el art. 128 CST, no se encuentra derogada y es de obligatorio cumplimiento para las personas que residen en Colombia pues no tiene razón de ser que ella este contemplada en la Ley si ella no se va aplicar.



I. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Analizado el acontecer procesal en los términos que enseña los artículos 321 y 322 del Código General del Proceso, aplicable por analogía externa al procedimiento Laboral, resulta oportuno indicar que coexisten los requisitos formales y materiales para decidir de mérito por cuanto la relación jurídico procesal se constituyó de manera regular, en tanto que, tampoco emerge vicio procesal que menoscabe la validez de la actuación porque fueron respetadas las garantías básicas que impone el artículo 29 superior, desarrollado en los principios que gobiernan la especialidad.

2. Competencia de la sala

El artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social restringe las facultades del *ad-quem* a las materias específicamente expuestas por el apelante, es decir, las partes delimitan expresamente los puntos a que se contrae el recurso vertical.

3. Problema jurídico

No es materia de discusión dentro del presente asunto los siguientes hechos: i.) La existencia de una relación laboral entre la señora GINA LIZETH SOTO GRUESO con la sociedad SOLASERVIS S.A.S., siendo enviada como trabajadora en misión a la Clínica Santa Sofía del Pacífico Ltda., desde el 1 de diciembre de 2013 hasta el 10 de febrero de 2015, y ii.) Que el último salario básico que devengo durante la ejecución de las labores equivalía a \$ 1.400.000, pactándose como auxilio no constitutivo de salario la suma de \$ 400.000

En vista de lo anterior, y atendiendo a los reparos propuestos dentro de los recursos de alzada esta Colegiatura resolverá los siguientes problemas jurídicos: i.) ¿Si en aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades entre la señora GINA LIZETH SOTO GRUESO y la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACÍFICO LTDA., teniéndose como solidariamente responsable a la SOLASERVIS S.A.S.? ii.) Se analizará ¿si la demandante tiene derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales iii.) De salir avante el anterior pedimento se estudiaría si hay lugar a la sanción moratoria

4. Tesis

La Sala REVOCARA parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura en audiencia pública celebrada el dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019), pues si bien en aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades existió entre la señora GINA LIZETH SOTO GRUESO y la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACÍFICO LTDA un contrato de trabajo,



siendo SOLASERVIS S.A.S. una simple intermediaria, no existen condenas económicas a favor de la demandante.

5. Argumentos de la Decisión

5.1 De las Empresas de Servicios Temporales y su utilización.

El artículo 71 de la Ley 50 de 1990 destaca que la EST es aquella empresa que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador

Como protección al principio de la estabilidad en el empleo, esta forma de contratación está sujeta a ciertos eventos y no podrá utilizarse de manera indiscriminada. En este sentido, el artículo 77 de la norma precedente los limita a los siguientes casos: 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo, 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) mes más.

Como complemento del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, adiciona en su párrafo que: “Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.”

Igualmente, para evitar el uso indebido de las EST, el artículo 82 de la ley 50 de 1990 preceptuó que el Ministerio de Trabajo aprobará las solicitudes de autorización para el funcionamiento de las EST.

Es de precisar, que si la EST contrata sin autorización previa del Ministerio del Trabajo o excediendo los casos autorizados por la ley, se desnaturaliza la condición de empleador aparente, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de noviembre de 2016, radicado No. 47977 al precisar que la EST irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad.

De las reglas y las subreglas jurisprudenciales provistas, la primera conclusión que se extrae es la obligatoriedad de la autorización por parte del Ministerio del Trabajo para que cualquier empresa que quiera fungir como empresa de servicios temporales, lo pueda hacer, teniendo tal omisión como consecuencia que se considere a la EST como un empleador aparente y a la Empresa usuaria como



verdadero empleador. Como segunda conclusión, se tiene que la empresa usuaria sólo puede utilizar los servicios de las EST para labores ocasionales, transitorias o para reemplazar personal que se encuentre en vacaciones, pues utilizar a los trabajadores de la EST para labores permanentes o propias de la empresa usuaria también tendría la consecuencia de tener la empresa de servicios temporales como un empleador aparente desde el mismo momento de la vinculación. Finalmente, si lo que ocurre es que la vinculación con la EST inicia por una causal contemplada en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, pero se excede en el tiempo de vinculación, el trabajador se considerara empleado de la usuaria luego del vencimiento del plazo legal.

5.2 Contrato de trabajo.

De acuerdo con lo expuesto dentro de los recursos de alzada, y teniendo en cuenta que el a quo declaró la existencia de una sola relación laboral desde el 1° de diciembre de 2013 hasta el 12 de febrero de 2015, con la CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA, quien en su entender fue la beneficiada de los servicios prestados por la trabajadora enviada en misión, y solidariamente responsable a la EST SOLASERVIS S.A.S., esta corporación estudiará las diferentes modalidades contractuales que sostuvo la demandante.

En tal contexto, resulta necesario recordar que el contrato de trabajo es aquel en virtud del cual una persona natural presta un servicio personal a otra a cambio de una remuneración, siendo carga probatoria del trabajador el demostrar la prestación personal del servicio, pues a partir de ella se presume la existencia del contrato de trabajo de conformidad con lo previsto en el art. 24 del C.S.T.

Sobre la norma anterior a precisado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL6621-2017 Radicación n.° 49346, del tres (3) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Magistrados ponentes CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO *Que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presume en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.*

6. Caso concreto

Atendiendo lo propuesto en el recurso de alzada de los apoderados judiciales de las demandadas, es necesario establecer si a la luz del artículo 23 del CST, se originaron entre las partes los elementos propios de toda relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario, precisando que conforme al artículo 24 ídem, al trabajador le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, en unos extremos temporales específicos y a favor de la



persona convocada como empleador, habida cuenta que probado el servicio, se presuman los restantes elementos, esto es, la subordinación y el salario.

En el presente asunto, solicita la actor la declaración de una relación laboral con la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACÍFICO LTDA., durante el periodo comprendido entre el 1° de diciembre de 2013 hasta el 12 de febrero de 2015, debiéndose dejar en claro que no es materia de discusión que la demandante estuvo vinculado a través de dos contratos de obra o labor determinada como trabajadora en misión de la EST SOLASERVIS S.A.S., siendo enviada a la IPS codemandada, situación que se puede corroborar con las copias de los contratos visibles a (ff.193 a 196), y (ff. 215 a 216v.)

Luego entonces, en aplicación del artículo 24 del CST, se presume la existencia del contrato de trabajo con la usuaria, correspondiéndole verificar a esta Corporación, si se logró desvirtuar por la parte accionada la presunción que pesa en su contra, que, para el caso concreto, es determinar que no quebrantó la prohibición señalada en el párrafo del artículo 13 del Decreto 24 de 1998.

Una vez revisada las pruebas las documentales aportadas se colige que ninguna tiene la entidad probatoria para desvirtuar el contrato de trabajo con la empresa usuaria, razón por la cual se hace necesario, por esta Corporación debe acudir a las testimoniales practicadas dentro del juicio oral.

Estudiada la declaración rendida por la señora Mara Yelithza Moreno Hurtado, se pudo extractar que la demandante prestaba sus servicios como enfermera Jefe asistencial en el área de hospitalización de la clínica, manifestando que desempeñaban el mismo cargo que la demandante, en el área de hospitalización, señalando que la empresa usuaria era la que ejercía la subordinación frente a los empleados de la EST, como quiera que para solicitar un permiso debían dirigirse al a la coordinadora del área Viviana Pinilla, quien también prestaba servicios para SOLASERVIS, si era por un día, pero que si era por más tiempo debía pasar la solicitud a la dependencia de gestión humana de la empresa usuaria para validar si concedían el permiso, agregando que no conocía el número de contacto de la EST para la cual supuestamente fue contratado, toda vez que a la hora de suscribir el contrato de obra o labor, se formalizó en las oficinas de gestión humana de la empresa CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., haciendo largas filas desde tempranas horas en las instalaciones de la IPS demandada.

De la prueba testimonial de la parte pasiva, se pudo extractar de la versión rendida por la señora Yuly Sujey Cortes que la empresa usuaria y la EST tienen un contrato de suministro de personal, que la actora laboró como trabajador en misión de la EST en el cargo de enfermera jefe en el área de hospitalización, manifestando que las órdenes dadas a la demandante eran impartidas por la coordinadora del área de hospitalización Viviana Patiño, quien también estaba contratada a través de la temporal, que el área de talento humano era la encargada de verificaba los cuadros de turnos realizados y reportados por las coordinadoras, y los remitía a las oficinas



de la EST en la ciudad de Bogotá, que posteriormente ellos efectuaban la liquidación de los salarios, que una vez elaborada se la remitían a ella para que los revisara.

De las pruebas recaudadas constata la Sala que el contrato de suministro se hizo de manera general, hecho que no está permitido, pues debe quedar clara la necesidad ocasional, transitoria o para reemplazar personal que se encuentre en vacaciones.

En lo que respecta a la vinculación que sostuvo la demandante con SOLASERVIS S.A.S., el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 establece: Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los casos expresamente señalados en la norma, es decir, que la empresa usuaria solo puede utilizar los servicios de las EST para labores ocasionales, transitorias o para reemplazar personal que se encuentra vacaciones, pues utilizar a los trabajadores de la EST para labores permanentes o propias de la empresa usuaria tendría la consecuencia de tener la empresa de servicios temporales como un empleador aparente, respondiendo solidariamente respecto de las obligaciones laborales insolutas que correspondan al verdadero empleador.

En este contexto entonces, a juicio de la Sala, en el tiempo en que la demandante prestó sus servicios a la Clínica a través de SOLASERVIS, la EST fungió como empleador aparente, toda vez que en los contratos por el término que dure la realización de la obra o labor determinada que militan de (ff.193 a 196 y de 215 a 216v.), suscritos entre la actora y la sociedad SOLASERVIS S.A.S., tienen por objeto, el primero presuntamente para suplir el cargo por una licencia de maternidad, que se extendió por cerca de 12 meses, y el segundo que inició a continuación de la terminación del inicial, desempeñar las funciones inherentes al cargo que le sea asignado de conformidad con el contrato que tiene el empleador con la empresa usuaria, cargo, que como quedó establecido en precedencia, corresponde a una laboral no transitoria de la IPS contratante, amen que la señora desempeñaba el mismo cargo como trabajadora en misión desde el 1° de diciembre de 2013, sin solución de continuidad hasta el 12 de febrero de 2015 fecha en que presentó la renuncia.

Sobre este puntual aspecto, la Corte ha establecido al que “...las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990...” y que “la infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contrato laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados” (CSJ SL3520-2018 y CSJ SL467-2019).

5.4. Factores que constituyen salario.



Los apoderados judiciales de las demandadas, señalaron que sus representadas no tiene por qué reliquidar a la demandante, considerando que a la terminación de los contratos se realizaron los pagos de las prestaciones de la trabajadora, que dentro de los contratos se estipulo que los auxilios de rodamiento/transporte y alimentación, no constituirían salario, que no hay lugar a la sanción moratoria del art. 65 del CST, teniendo en cuenta que se pagaron salarios y prestaciones sociales como se acordó en el contrato laboral y a la finalización de este, tal y como se evidencia en el documento de liquidación definitiva que se le entregó a la demandante y consta en el expediente. (f.222)

En el caso bajo estudio, el operador judicial de primera instancia ordenó la reliquidación de la prestaciones sociales al observar que en la liquidación definitiva de las prestaciones de la señora GINA LIZETH SOTO GRUESO por la EST SOLASERVIS S.A.S., no se tuvo en cuenta el valor que mes a mes, percibía la demandante por auxilio de rodamiento y auxilio de comunicación, pues dicha remuneración era percibida por la actora de manera permanente y habitual, por lo que, encaja dentro de los elementos integrantes de salario contemplados en el Art. 127 del CST.

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, estableció: *“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”*

Por ello no es posible modificar el carácter salarial de los pagos que por expresa disposición del artículo 127 del C. S. del T. constituyen salario; es decir, sin importar la denominación que las partes le den como: auxilios, comisiones, bonificaciones o primas, sigue siendo salario todo pago que retribuya directamente el servicio y sirve de base para liquidar prestaciones sociales; incluso, si las partes pactan que un pago que es salario no lo es, ese pacto es ineficaz, porque la naturaleza de salarial deviene de la ley. Esa facultad está limitada para los pagos referidos al artículo 128 del C. S. de. T.

Existen pagos que según el artículo 128 no constituyen salario como:

- a) Prestaciones Sociales
- b) Lo que el recibe el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio o enriquecimiento propio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones
- c) Sumas ocasionales y que por mera liberalidad se cancelan al trabajador como primas, bonificaciones.
- d) Beneficios habituales u ocasionales convencionales o contractuales otorgados en forma extralegal al trabajador, cuando las partes dispongan expresamente que no constituyen salario como las primas extralegales de navidad, vacaciones, servicios, alimentación, habitación, o vestuario.



- e) Los suministros en especie, siempre que las partes acuerden que no constituyen salario y no afecte el salario mínimo.

Atendiendo a los problemas jurídicos propuestos se analizará inicialmente la validez del pacto de exclusión salarial dentro del contrato de trabajo suscrito entre la demandante y Solaservis para luego analizar si el auxilio pagado a la actora, tiene o no, la cualidad, de ser habitual y retributivo del servicio prestado por la demandante.

A folio 195v del expediente se encuentra el “*CONTRATO DE TRABAJO POR EL TÉRMINO QUE DURE LA REALIZACIÓN DE LA OBRA O LABOR DETERMINADA*”, dentro del cual se establecieron los auxilios de comunicaciones y de rodamiento como auxilios no constitutivos de salario. Especificándose como auxilio extralegal de rodamiento/ transporte por valor de \$105.000, y como auxilio extralegal de alimentación la suma de \$45.000.

De folio 197 a 212 del expediente, se hallan los comprobantes de nómina de la demandante por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2013 al 1 de noviembre de 2014, donde la EST Solaservis S.A.S., le paga a la demandante auxilio extralegal de alimentos por valor de \$45.000, y como auxilio extralegal de rodamiento la suma de \$105.000.

Obra a folio 217 y 221 de las diligencias, los comprobantes de nómina a nombre de la demandante por los meses de diciembre de 2014 y enero de 2015, en los cuales la EST Solaservis S.A.S., pagó a la actora por concepto de auxilio de alimentación por valor de \$ 120.000 y por auxilio de transporte \$ 280.000.

Del material probatorio detallado en precedencia se puede extraer las siguientes conclusiones: i.) Que de manera específica dentro del pacto voluntario no constitutivo de salario suscrito por la demandante, se excluyó como factor salarial el auxilio extralegal de alimentación por valor de \$105.000 y el auxilio extralegal de transporte la suma de \$ 45.000, para el periodo del 1° de diciembre de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2014, y auxilio extralegal de alimentación por valor de \$120.000 y el auxilio extralegal de transporte en suma de \$ 280.000; ii.) Que dicha estipulación, en principio está llamada a producir los efectos jurídicos deseados, pues tal cual lo estableció la Sala Laboral de la Corte Suprema, en sentencia con radicación n.º 63988 del 16 de mayo de 2018, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se estableció que para que dichos acuerdos tengan efectos se tendrán que estipular de manera concreta precisándose: *“es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo.”* y iii.) Que lo efectivamente pagado a la accionante, como se puede ver en las nóminas de pago, fue el auxilio de



alimentación por la suma de \$45.000 inicialmente y a partir de diciembre de 2014 la suma de \$120.000, y como auxilio de transporte inicialmente la suma de \$105.000 y a partir del mes de diciembre de 2014, la suma de \$ 280.000 Pagaderos todos los meses de forma ininterrumpida.

Dentro de las pruebas testimonial practicadas, la señora Mara Yelithza Moreno Hurtado, quien también desempeñaba el cargo de jefe de enfermería-asistencial en el área de hospitalización, no dudo al afirmar que a ellas se les pagaba auxilio por concepto de alimentación, rodamiento y de comunicación como trabajadoras en misión de Solaservis S.A.S., pero que no estaban incluidos en el salario.

Al analizar la prueba que, contrario a lo expuesto por el juez de instancia, las pruebas aportadas y practicadas dentro del proceso de la referencia no demuestran que dichos auxilios de rodamiento/transporte y alimentación retribuían directamente los servicios prestados por la demandante en favor de la IPS demandada como trabajadora enviada en misión por la EST SOLASERVIS S.A.S; se constata que el pacto extrasalarial se hizo desde el momento mismo de la vinculación; se trató de un pacto expreso, claro y preciso, estableciendo los rubros cobijados en él

En otros asuntos, en procesos contra la misma demandada, la Sala les ha dado el carácter salarial a los valores incluidos en el pacto de exclusión, porque en el expediente quedó debidamente acreditado que el trabajador venía recibiendo un determinado ingreso siendo contratado directamente por la Clínica, y luego al ser contratado para el mismo servicio a través de la temporal, se incluyó un pacto no salarial, evidenciándose el carácter retributivo del pacto, situación que no se acreditó en el presente asunto.

En este orden de ideas, la Sala revocará la condena por reliquidación de las prestaciones, y en consecuencia, como no existe ningún valor a pagar a favor de la demandante, igualmente se revocará la condena por sanción moratoria, y la condena en costas a la demandada.

En conclusión, la Sala revocará los numerales 4, 5, 6 y 7 de la sentencia apelada relativos a las condenas económicas, y confirmará los numerales 1, 2, y 3 relacionados con la declaratoria de existencia de contrato de trabajo directamente con la clínica demandada

COSTAS

No se condenará en costas en esta instancia, al ser parcialmente favorables los recursos de apelación presentados por los apoderados judiciales de las partes.

DECISIÓN

A mérito de lo anteriormente expuesto, esta Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia No.029 proferida el 16 de mayo de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V.), dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por la señora GINA LIZETH SOTO GRUESO contra CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., y SOLASERVIS S.A.S.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales cuarto, quinto, sexto, y séptimo de la sentencia No.029 proferida el 16 de mayo de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V.), dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por la señora GINA LIZETH SOTO GRUESO contra CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., y SOLASERVIS S.A.S.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrado Ponente

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

Salvamento Parcial de Voto

Firmado Por:

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga



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

Código de verificación:

e8b5796b995653ce90b52f1e40352f66df200ccf47ddb9a859d06c5e91e606b8

Documento generado en 25/09/2020 10:53:18 a.m.

Radicación N°. 76-109-31-05-001-2017-00209-0

GINA LIZETH SOTO GRUESO contra CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACÍFICO LTDA. y
SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S SOLASERVIS

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

De forma respetuosa me permito presentar salvamento de voto, aunque previamente indicando una aclaración por las premisas que conducen a identificar a la Clínica demandada como el verdadero empleador, al respecto puede suceder que la labor determinada en beneficio de quien se alega empleador, fuera prestada a través de empresas de servicios temporales, punto en el cual no debe partirse de la aseveración genérica del desconocimiento del contrato de trabajo, tan solo que como empleador obra la EST respectiva y como usuario la empresa beneficiaria que detenta una subordinación delegada, en donde la primera ya por operar irregular o indebidamente o por exceder las causales descritas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 deviene como un intermediario que oculta su condición y como verdadero empleador el contratante, es decir la empresa o persona beneficiaria del servicio o labor personal, en Casación Laboral en sentencia SL17025/16, se señaló:

"Con mayor razón, cuando previamente se ha constatado una infracción de la ley, reflejada en que los servicios temporales contratados nunca se enmarcaron en las causales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, vale decir, no tenían por objeto reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia o en incapacidad por enfermedad, realizar actividades ocasionales, accidentales o transitorias, atender incrementos en la producción, transporte, ventas de productos o mercancías en los tiempos máximos de ley".

En tal contexto contractual, el artículo 24 del CST no opera propiamente al caso, pues se trata de un presupuesto en que no se discute la existencia del contrato de trabajo, sino que se opera bajo una subordinación delegada en que real y normativamente la empresa usuaria es la beneficiaria de la labor, ante tal excepción normativa prevista en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, de aplicar el artículo 24 citado no podría probarse la inexistencia de subordinación alguna pues la naturaleza de los trabajadores en misión la presupone, de allí que no se trate de infirmar la subordinación como hecho presumido, pues se parte de su existencia y además delegada a la empresa usuaria, sino según lo resuelto en Casación Laboral en sentencia SL17025-2016, en la demostración de la infracción a las condiciones legales que permiten tal tipo de contratación, de allí que la manifestación de la condición de empleador a cargo de la Clínica demandada deviene de la violación del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en donde de no haberse demostrado por la demandante que no se daban los presupuestos que la justifican, entre estos el incremento en la venta de bienes y servicios, lo que indica que incluso cargos o funciones habituales pueden ser provistos bajo esta modalidad cuando se presentan estos eventos en la producción o ventas, en todo caso sometida a un límite temporal, en tal sentido si bien el análisis de todas las premisas no se comparte si la conclusión pues se indica que el termino máximo de contratación bajo esta modalidad fue superado, como de la valoración probatoria así se concluye.

Precisado lo anterior considero que los auxilios origen del litigio, no fueron entregados por razón o para el desempeño de funciones, pues no existe alguna connotación demostrada en que la actora se viera condicionada a efectuar alguna erogación por el ejercicio preciso de esta labor o servicio que excediera sus gastos

personales y necesarios, situación en que la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL5198-18 ha precisado, lo siguiente:

"Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo."

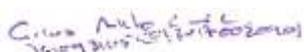
En este sentido demostrado su pago y aspectos indiciarios en razón de suficiencia como es su habitualidad sin importar que se encuentren pactados, dado que se deben atender condiciones reales de destinación diferente a la retribución del servicio, la carga de la prueba en el sentido que no son salario, es decir que no estén destinados al patrimonio de la trabajadora sino para suplir erogaciones por razón de la labor, corresponde al empleador. En sentencia antes citada se refirió doctrina específica sobre la carga de la prueba, pese la participación del trabajador en el documento contentivo de la exclusión salarial, así:

"Al respecto, en sentencia CSJ SL8216-2016 la Corte señaló:

Se pactó así, en favor del trabajador el pago de \$362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador. Es decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante."

De allí que no obre presupuesto para infirmar la conclusión, que las sumas por alimentación y rodamiento no correspondan a montos salariales, pues a la demandada no le bastaba con afirmar que se encontraban pactados en exclusión del salario, sino demostrar que fueran un costo que se cubría como relacionado al servicio; sin que esto ocurriera, dada su habitualidad no podía ser otra la conclusión que identificarlos como constitutivos de salario

Atentamente



Carlos Alberto Cortés Corredor
Magistrado Sala Laboral



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA LABORAL**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrado Ponente**

**AUTO INTERLOCUTORIO
ACTA DE DISCUSIÓN No. 23**

Guadalajara de Buga, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020).

**Ref.: Apelación Auto proferido en Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia de RAMIRO RUIZ CARREJO contra HOSPITAL SAN ROQUE ESE Y OTRO.
RAD. 76-520-31-05-002-2018-00118-01**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del extremo plural pasivo **HOSPITAL SAN ROQUE ESE** contra el auto que resuelve la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia y cláusula compromisoria o compromiso, providencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle en la audiencia celebrada el 7 de febrero de 2020.

En aplicación del Decreto Legislativo 806 de 2020, se profiere la sentencia por escrito, previo traslado a las partes para presentar sus alegatos de segunda instancia.

I- ANTECEDENTES

1. La demanda y contestación

Para lo que interesa al recurso de apelación, se tiene que el señor **RAMIRO RUIZ CARREJO** presentó demanda contra **HOSPITAL SAN ROQUE ESE** con el fin de obtener el reconocimiento de y pago de todos los derechos laborales derivados de los servicios que prestó en dicha entidad, y solidariamente el Municipio de la Pradera.

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Demandante: RAMIRO RUIZ CARREJO
Demandado: ESE HOSPITAL SAN ROQUE Y OTRO
RAD.: 76-520-31-05-002-2018-00118-01



La entidad fue notificada de la demanda y presentó entre otros medios de defensa, la excepción previa de falta de jurisdicción o competencia y cláusula compromisoria, la cual fue decidida por el juez que conocía la causa en audiencia celebrada el día 7 de febrero de 2020.

2. Decisión de primera instancia.

Instalada la audiencia de que trata el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., en la etapa de decisión de excepciones previas, el a quo declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción o competencia y cláusula compromisoria, debido que el demandante alega la existencia de un contrato realidad y no un contrato de prestación de servicios, dicho debate debe ser probado en el curso del proceso y la decisión deberá hacerse dentro del fallo, por esta razón considera que debe decidirse en ese momento procesal; respecto a la excepción de cláusula compromisoria sostuvo el operador jurídico que en el derecho laboral no es un requisito sine quanon para intentar la acción.

3. Recurso de apelación.

Para sustentar su inconformidad, la parte demandada **HOSPITAL SAN ROQUE ESE** argumentó que la sentencia C-537 de 2016 ha establecido que no basta con la vigencia formal de los derechos si no que es una actividad esencial del estado, además señala que debido proceso es relevante para las actuaciones administrativas jurisdiccionales, una de las primeras garantías es que la persona sea juzgado por un juez competente establecida en la Revolución Francesa y hoy se encuentra establecida en el artículo 29 de la Constitución Política, con los instrumentos internacionales que integran el bloque constitucional en sentido estricto artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

La corte de igual manera a manifestado que esta garantía tiene correlación con el acceso a la administración de justicia como el juez natural que exige a toda luz la ESE HOSPITAL SAN ROQUE es el juez administrativo debido que se está frente a una entidad pública, la segunda es que la determinación legal está frente a una competencia especial establecida en la cláusula compromisoria debido que el señor Ramiro Ruiz suscribió con la ESE y dentro de los contratos se estableció que cualquier conflicto será dirimido por un juez civil o juez competente.



En tercer lugar, en cuanto al agotamiento de la reclamación administrativa, el demandante lo que presentó fue un derecho de petición, en el Código Administrativo está estipulado que debió efectuar la solicitud ante la procuraduría y no simplemente presentar un derecho de petición para que se le dé respuesta y en ese momento no existe un agotamiento de la reclamación administrativa.

1.4. Trámite de segunda instancia

Admitido el recurso de apelación, en aplicación de Decreto Legislativo 806 se corrió traslado para presentar alegatos de segunda instancia, no obstante, a pesar de haberse notificado a las partes guardaron silencio dentro del término otorgado.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala.

Es competente esta corporación para conocer del actual proceso, remitido en apelación surtida por la demandada, en los términos del numeral 3 del artículo 65 del C. de P. L. y S. S., atendiendo que la decisión objeto de inconformidad, se trata de aquella que resolvió una excepción previa.

2. Problema Jurídico.

Encuentra la Sala, ¿que el problema jurídico a resolver se contrae en determinar si la jurisdicción ordinaria en su especialidad tiene jurisdicción y competencia para tramitar una demanda presentada por un trabajador que prestó sus servicios como conductor de ambulancia y traslado de paciente de una empresa social del Estado?

3. Tesis de la Sala.

La Sala considera que prospera la excepción previa toda vez que la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral no es competente para conocer de la demanda presentada por una persona que debió ser vinculada como empleada pública, debiéndose revocar el auto apelado.

4. Argumentos de la decisión.

4.1 Naturaleza y finalidad de las excepciones previas.



Las excepciones previas tienen como finalidad optimizar el trámite para que se desarrolle sobre bases que impidan la configuración de nulidades y se lleve a término la actuación. Dichos medios defensivos buscan que el demandado, desde su contestación, manifieste las discrepancias que pueda tener respecto a la validez del procedimiento, logrando su depuración antes de llegar a la etapa de juzgamiento o decisión, ejercitando así el derecho esencial de defensa.

En este contexto, las excepciones previas buscan corregir el procedimiento, de manera que al sanear las fallas formales iniciales, el proceso se pueda llevar a cabo de acuerdo con las normas propias según la ley. Por lo anterior, solo algunas de las excepciones previas conllevan a la terminación del proceso.

4.2 Competencia del juez laboral

El artículo 2 del Código procesal del Trabajo y de la seguridad social señala que el Juez Laboral es competente para conocer de las controversias que surjan directa o indirectamente del contrato de trabajo. Tratándose de los servidores públicos, son los trabajadores oficiales quienes se vinculan mediante esta modalidad. Luego toda controversia entre un empleado público vinculado mediante relación legal y reglamentaria y su empleador, es competencia del juez contencioso, tal como expresamente lo prevé la norma especial.

En efecto, el numeral 5to del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, señala que la Jurisdicción Contencioso Administrativa conoce los asuntos "**relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público**". Esta norma, es una de las modificaciones de competencia, toda vez que trajo al conocimiento de los jueces contenciosos las controversias de seguridad social de los empleados públicos cuando el régimen este administrado por una persona de derecho público, competencia que por regla general es del juez laboral.

Así las cosas y tratándose de servidores del Estado las subreglas de competencia son las siguientes.

1. El juez laboral es competente para conocer de los conflictos de los trabajadores oficiales respecto de su empleador público.



2. Todos los procesos declarativos relacionados con un empleado público o una persona que debió ser vinculada como empleado público y su empleador son competencia reservada del Juez contencioso administrativo.
3. Por regla general es el juez laboral quien conocer los conflictos jurídicos entre los afiliados y las entidades de seguridad social.
4. El Contencioso conoce conflictos de seguridad social entre un empleado público, siempre y cuando el régimen lo esté administrando una persona de derecho público.

Ahora, para la Sala, la competencia del juez laboral no se adquiere con la sola afirmación de la existencia del contrato de trabajo; sino que es procedente que el demandante apoye su pretensión en hechos que, a la luz de la normatividad vigente, realmente le den la categoría de trabajador oficial, de manera que si de la sola lectura de los hechos de la demanda se advierte que las funciones que el demandante afirma haber desarrollado, no corresponden a las de un trabajador oficial, sino a las de un empleado público, por celeridad, economía y acceso a la administración de justicia, lo correspondiente es remitir al expediente al juez natural, que es el único que puede definir de fondo si existió o no un vínculo laboral.

Tratándose de servidores públicos, son los trabajadores oficiales quienes se vinculan a través de contrato de trabajo, pues los empleados públicos, lo hacen mediante nombramiento y posesión, es decir, que el juez laboral solamente conoce de las pretensiones de los trabajadores oficiales, porque para los empleados públicos, el juez natural es el contencioso administrativo.

Ahora bien, la ley es quien determina la naturaleza jurídica de los empleos y de las categorías de servidores públicos y no la voluntad de las partes.

Las EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO”, fueron creadas por el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, como una categoría especial de entidad pública del orden descentralizado, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley, las Asambleas Departamentales o los Consejos Municipales, según sea el caso, y sometidas al régimen jurídico previsto en el capítulo dentro del cual se enmarca la norma en comento.

A su turno, según lo preceptuado por el Artículo 17 de la Decreto 1876 de 1994, las personas que se vinculen a una Empresa Social del Estado tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, en los términos establecidos en el artículo 674 del Decreto Ley 1298 de 1994.



En el pre mentado Artículo 17, se dispone la clasificación de los Empleados Públicos y los Trabajadores Oficiales, además de quienes ostentan esta calidad. Para el caso que nos corresponde, el párrafo de la norma formula con claridad quienes tienen la calidad de trabajadores oficiales:

“PARAGRAFO. *Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.”*

Así las cosas, por regla general, los servidores de las ESE son empleados públicos y por excepción son trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo, para lo cual se tiene en cuenta la actividad u oficio, como es la de estar dedicado a la del mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

4.3 Caso concreto

Así las cosas, descendiendo al sublite, el actor en los hechos dos al sexto de la demanda manifestó que ejerció funciones de CONDUCTOR DE AMBULANCIA en la ESE demandada. Resulta evidente entonces, con la simple lectura de la demanda, que las funciones de conductor no pueden catalogarse como mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en la misma institución y más aún cuando dentro del libelo genitor fueron allegados los certificados de fecha 23 de agosto de 2011 y 12 de agosto de 2013 expedidos por los funcionarios de la ESE demandada donde certifica que el gestor del litigio desempeñó el cargo de conductor.

Entonces, al no existir discusión sobre la función, no resulta acorde al principio de celeridad y acceso a la administración de justicia tramitar un proceso, y llevarlo a sentencia, sabiendo que con la sola lectura de la demanda es imposible reconocer la categoría de trabajador oficial de la demandante, como equívocamente lo precisó el operador jurídico de primera instancia al sostener que la excepción atacada debe ser resulta dentro de la sentencia luego de determinar de las pruebas allegadas la relación sostenida, pues debe recordarse que no es la voluntad de las partes la que determina la categoría del servidor, sino que ese puntual aspecto está reservado a la ley.



Por último, al haber prosperado la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia, no es necesario analizar la denominada cláusula compromisoria.

De lo anterior concluye la Sala que el juzgado no tiene jurisdicción para conocer el fondo del litigio, debiendo revocar en su integridad el auto apelado y en su lugar, declarar probada la excepción previa de falta de jurisdicción, disponiendo la remisión del expediente con sus anexos a los Juzgados Administrativos de Cali (r).

III. COSTAS

Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (Valle)**,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto interlocutorio proferido en audiencia pública de fecha 7 de febrero de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (Valle), y en su lugar:

*“Declarar probada la excepción previa de falta de jurisdicción. En consecuencia, **REMITIR** el proceso de la referencia con sus anexos a los Juzgados Administrativos de Cali (r).”*

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

Notifíquese y cúmplase

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
Salvamento de Voto

Firmado Por:

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:

4e2b0d54ebf4d9133080ea861be3cceed1647fdb2ef0db26d193ea2e6825c22d

Documento generado en 25/09/2020 10:55:14 a.m.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
RAMIRO RUIZ CARREJO contra HOSPITAL SAN ROQUE ESE Y OTRO.
RAD. 76-520-31-05-002-2018-00118-01

SALVAMENTO DE VOTO

De forma respetuosa me permito presentar salvamento de voto, conforme artículo 2 del CPTSS, la competencia en la especialidad laboral se adquiere con la existencia del litigio como tal acerca de las diferencias entre las partes en el reconocimiento del contrato de trabajo o como lo indica la disposición referida en su numeral 1 "los conflictos jurídicos que se originan directa o indirectamente en el contrato de trabajo" y sobre la cual la honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL5525-2016 ha enunciado con efecto en relación a entidades que también pueden tener relaciones de tipo legal y reglamentario en el siguiente orden:

"De cara a este cuestionamiento, importar resaltar que, en rigor, el juez de alzada no se declaró sin jurisdicción y competencia para conocer del asunto. Antes bien, señaló que «la competencia de que trata el artículo 2 de CPTS, Radicación n.º 47695 10 modificado por la ley 712 de 2001, artículo 2, se determina por la afirmación de la existencia de un contrato de trabajo propuesta por la parte actora al inicio del juicio, sin perjuicio de la obligación positiva del juez de absolver de las peticiones que tengan tal apoyo, cuando no se establezca esa clase de relación laboral». Lo cual, además, es consecuente con la decisión de confirmar la sentencia de primer grado, que, a su vez, declaró la inexistencia de un contrato de trabajo y correlativamente absolvió a la accionada de las pretensiones de la demanda.

Estas reflexiones, para la Sala, no ameritan ninguna observación jurídica, pues cuando un demandante le pide a la justicia laboral que declare la existencia de un contrato de trabajo, ello provoca un genuino conflicto originado «directa o indirectamente en el contrato de trabajo» (num. 1º, art. 2º C.P.T. y S.S.). De modo que, un asunto presentado en estos términos, es una materia que, a no dudarlo, le pertenece a la jurisdicción ordinaria laboral.

En sentencia CSJ SL10610-2014, reiterada en CSJ SL17470-2014, la Corte señaló que en eventos como el que acá se estudia, «la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral viene dada desde que el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación laboral regida por un contrato de trabajo (fictopresunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública», de manera que es el demandante quien provoca o activa la competencia de esta jurisdicción al asegurar que su relación está regida por un contrato de trabajo."

De allí que la excepción planteada conforme criterio antes expuesto, no estaba llamada a tenerse por demostrada.

Atentamente



Carlos Alberto Cortés Corredor
Magistrado Sala Laboral



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA LABORAL**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente**

**SENTENCIA NO. 155
APROBADA EN ACTA NO. 23**

Guadalajara de Buga, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación N° 76-111-31-05-001-2014-00449-02. Contrato de trabajo. Proceso Ordinario Laboral de JOSE NORBEY MALES PORTILLA Y OTRO contra INGENIO PICHICHI S.A. Y OTRO

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia dictada en audiencia Pública celebrada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga, Valle, el día cuatro (4) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019).

En aplicación del Decreto Legislativo 806 de 2020, se profiere la sentencia por escrito, previo traslado a las partes para presentar sus alegatos de segunda instancia.

1.- ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

Los señores JOSE NORBEY MALES PORTILLA y BERNARDO OSPINA MARTINEZ formularon demanda ordinaria laboral contra el INGENIO PICHICHI S.A. para que se declarara la existencia de una relación laboral entre los convocados, y así obtener el pago de prestaciones sociales, auxilio de transporte, las cotizaciones a pensión, indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías en un fondo de Cesantías, indemnización moratoria del artículos 65 del C.S.T., además se pague perjuicios de carácter moral.

Las anteriores pretensiones tienen como sustento fáctico los hechos que a continuación se señalan:

Dentro de la demanda se establecieron como extremos temporales de las relaciones laborales de los demandantes los siguientes JOSE NORBEY MALES



PORTILLA, del 22 de noviembre del 2005 al 29 de febrero de 2012, y BERNARDO OSPINA MARTINEZ, del 23 de junio de 2004 hasta el 29 de febrero de 2012.

Al unísono manifestaron que trabajaron para el Ingenio Pichichi S.A. de forma personal y bajo su continua subordinación pero afiliados a las cooperativas AGROCOOP y PROGRESEMOS que el ingenio mientras se mantuvo la relación laboral, nunca les pagó prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte; aducen que la demandada siempre les pagó un salario inferior al percibido por los trabajadores de planta o trabajadores directos y, aunado a ello, relataron que las cooperativas (hecho sexto) realizó una serie de descuentos que se les hacía mes a mes de su pago, 8.33% para el pago de compensación anual, 1% para el pago de intereses sobre la compensación anual, 4.16% para el pago del descanso anual y 8.33% para compensación semestral.

Señalan que la labor que siempre cumplieron a favor del INGENIO PICHICHI S.A. – en sus predios - fue de “corteros de caña”, en una jornada de 6 a.m. a 3 p.m. todos los días de la semana, incluidos sábados, domingos y festivos, sin descanso.

Dijo la parte accionante que siempre recibieron órdenes de los Srs. Jair Ortiz – Adán Díaz, José León Bermúdez, William Calvo, Lizman Bejarano y otros, quienes ocupan u ocupaban los cargos de supervisores, cabos o monitores de corte, encargados de vigilar el cumplimiento del horario, de apuntar el rendimiento de cada trabajador, de apuntar la chorra o arrume del trabajador con su respectiva ficha y de revisar que no quedaran tocones altos. Según los actores, el ingenio era el encargado de elaborar la información de labor desempeñada de cada trabajador y, luego, era enviada a las Cooperativas para que éstas manufacturaran las respectivas planillas de pago. Que, una vez elaborada las planillas por las CTAS, con la información suministrada por el INGENIO PICHICHI S.A, procedía éste a depositar el dinero a nombre de las entidades citadas.

Igualmente, adujeron que, para poder ingresar a laborar a la demandada, fueron condicionados al deber de adquirir la calidad de asociados de las mentadas Cooperativas, frente a lo cual presentaron constantes inconformidades por no estar contratados de manera igualitaria a los trabajadores de planta, poniendo siempre de presente – según la demanda – los perjuicios causados.

Dicen que, por las razones anteriores, participaron en una HUELGA en octubre y noviembre de 2008, en contra del Ingenio a fin de que se mejorara su calidad de empleo, y que en tal manifestación resultaron procesados penalmente varios compañeros, resultando finalmente absueltos. Igualmente, dijeron que la CTA jamás fue dueña de los suministros y herramientas que necesitaban para realizar su labor, que todos los medios de trabajo eran propiedad del Ingenio Pichichi S.A.

Que las cooperativas nunca realizaron labores autogestionarias, a pesar de haber celebrado aparentes contratos u ofertas de prestación de servicios con el Ingenio Pichichi S.A; que el precio de corte de la caña siempre fue impuesto por el Ingenio demandado; que a los demandantes, como a los demás trabajadores agrupados



por las CTAS y la SAS le suministraban un numero de ficha por parte del ingenio, que era colocado en las chorras o montón de caña por ellos cortada, luego la recogía una máquina de propiedad del ingenio.

Realizaron una descripción de manera individualizada de los periodos de cotizaciones a pensión que les adeuda presuntamente la entidad demandada; así mismo, manifestaron que el Ingenio Pichichi fue quien ordenó la liquidación de la CTA de la cual eran asociados, que pagó los costos de liquidación y honorarios a las liquidadoras AMPARO LOPEZ DE ESPEJO Y LICENIA GALINDO, que ellos nunca recibieron ganancia alguna por la liquidación de dichas Cooperativas de la cual eran supuestamente Socios; por el contrario, al ingenio pichichi las liquidadoras le devolvieron el dinero invertido.

Finalmente, esgrimieron que las Cooperativas a las cuales fueron asociados, nunca ejerció sobre ellos la potestad disciplinaria y reglamentaria, puesto que siempre estuvo dicha actividad en cabeza del INGENIO PICHICHI S.A.; que aunque firmaron cartas de renuncia con las Cooperativas, no fue en forma voluntaria, que fue un despido indirecto, pues de no hacerlo no hubiesen sido incorporados a la empresa Pichichi Corte S.A empresa que es de propiedad del Ingenio Pichichi S.A.

1.2. Contestación de la demanda.

La entidad demandada INGENIO PICHICHI se opuso la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante, proponiendo las excepciones de fondo de: *“falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, principio de legalidad y estabilidad jurídica, ilegitimidad sustantiva de la parte demandada, prescripción, pago y compensación, ilegitimidad de personería sustantiva en la parte demandada, innominada, buena fe”*; como excepción previa propuso la de *“inepta demanda por falta de integración del litisconsorte necesario”*. Como argumentos de su defensa estableció en términos generales respecto a los hechos plasmados en el libelo introductorio, no ser ciertos o no constarle, pues plasma a lo largo de su escrito, que los demandantes no fueron trabajadores suyos, por lo tanto, no tienen conocimiento alguno respecto a las actividades que desarrollaba los aquí demandantes, esgrimen no tener en sus registros, dato alguno que permita identificar a los demandantes.

1.3. Sentencia de primer grado.

Mediante sentencia adiada 4 de septiembre de 2019, la Juez Primero Laboral del Circuito de Buga, consideró que dentro del debate probatorio ha quedado suficientemente demostrado que entre la CTA y el demandado INGENIO PICHICHI S.A existió un contrato de oferta mercantil en virtud del cual el Ingenio Pichichi S.A. se comprometió a pagar por la labor de corte de caña manual que realizara la CTA, sin que se lograra acreditar dentro del juicio la existencia de un contrato de trabajo, y del elemento subordinación, entre los aquí demandantes y el demandado Ingenio Pichichi S.A., puesto que no se probó la desnaturalización del convenio asociativo en un contrato de trabajo.



1.4. Recurso de apelación.

El apoderado judicial de la parte demandante apeló la sentencia proferida en primera instancia insistiendo que se declare la existencia de un contrato laboral real y conceda todas las pretensiones; explicó que el juzgado no dio por demostrado, estándolo, que entre el Ingenio Pichichi y las cooperativas existió una verdadera intermediación laboral, realizando contratos simulados para quitarle a los trabajadores las prestaciones sociales.

En cuanto a las pruebas aportadas reiteró que dentro de las mismas se encuentra probada la afirmación de su dicho, las cuales el operador jurídico no las valoró, como son las que reposan a folio 209 y 213, aparece la prueba reina, el contrato de servicio celebrado entre el Ingenio pichichi y las liquidadoras, con el objeto de disolver y liquidar a las cooperativas, con esas pruebas surgen que el ingenio creó y liquidó a las cooperativas.

Que el Ingenio demandado donó una gran suma de dinero con destino al fondo de las cooperativas para el pago de la seguridad social, en dichos pagos aparece la cooperativa realizándolos y no el Ingenio lo que evidencia es una simulación.

El ingenio entregaba a cada socio, en los meses de diciembre con el fin de apoyar los procesos de producción, es decir el ingenio los incentivaba y les daba \$420.000 pesos a cada socio, lo que demuestra que no existía una autogestión de las cooperativas.

Que el demandado autorizó a las cooperativas para utilizar el transporte que tiene para los trabajadores directos, prueba que no fue analizada por el juzgado, la pasó por alto y el señor William, miente entonces, si está el documento que está diciendo que suministra el transporte, allá lo que está diciendo el señor William, es mentira y el ingenio en ese documento se compromete a llevar a los trabajadores hasta los frentes de trabajo, hasta cada suerte que les correspondiera.

Que reposa dentro del expediente que el ingenio podía exigir el retiro, prohibir el ingreso de los socios a las cooperativas, mírese esa manipulación, esa injerencia que utilizaba el ingenio, eran del ingenio las cooperativas, los socios de las cooperativas les prestaron un servicio personal al ingenio.

Sostuvo que las cooperativas nunca fueron propietarias de los medios de producción, como lo indica el decreto 4588 del 2006, que no podían hacer intermediación, que el beneficiario no podía participar, contribuir o inducir a la creación de las mismas, ni intervenir directo o indirecto en su organización y funcionamiento, el ingenio inyectó todo el capital y el mismo ingenio se abogó la facultad de disolver y liquidarlas, no fueron las cooperativas, demostrándose el dominio total de este sobre aquellas, aquí las cooperativas actuaron como simple intermediario.



1.5. Trámite en segunda instancia.

Admitido el recurso de apelación, en aplicación de Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de segunda instancia.

El profesional del derecho que defiende los intereses de los progenitores del litigio reiteró su reproche indicando que el operador jurídico de primera instancia no dio por demostrado estándolo, que entre el INGENIO PICHICHI y la CTA existió una verdadera intermediación laboral para quitarle a los trabajadores las prestaciones sociales. Como sustento hizo referencia nuevamente a los folios que no fueron valorados por el operador jurídico de primera instancia, insistió que las labores fueron de corte con equipos y herramientas del mismo INGENIO cuando el Decreto 4588 de 2006 ya había prohibido la utilización de CTAS para desarrollar actividades misionales permanentes.

Resaltó como prueba reina el contrato de servicios celebrado entre INGENIO PICHICHI y las LIQUIDADORAS con el objeto de disolver y liquidar las CTAS, pero no aparece en el expediente acta alguna en donde los socios de la CTAS hubiesen liquidado las entidades. Señaló que el ingenio imponía las sanciones, se obliga con la CTA a pagar el cabo, la abogada, a gestionar pensiones de asociados, a pagar incapacidades de asociados, a pagar bonificación de productividad y otras, demostrando la ausencia de autogestión, que además el cabo era quien daba las órdenes en las labores quien estaba subordinado por la sociedad demandada y los tiquetes de liquidación de corte de caña, impreso con logo INGENIO PICHICHI S.A, era quien pesaba la caña de cada trabajador, lo distingue con una ficha y con esa información el INGENIO elaboraba las planillas semanalmente y les ubicaba el pago en un cajero, por lo cual consideró que faltó valoración del juzgado.

Que el Ingenio se obligó con la CTA a donar una la suma de dinero con destino al FONDO DE SOLIDIDAD y con ese dinero fue pagada la seguridad social y por ello aparece legal, situación que es sospechosa; que ellos decidían el retiro o prohibir el ingreso de los socios de las CTA a las instalaciones, además entre corteros y el INGENIO, acordaron que éste da capacitación en cooperativismo y manejo de la báscula, entregó donaciones a las CTAS para programas de vivienda, paga incapacidades y entrega dotaciones. Explicó que la actividad de corte de caña y labores varias de campo, es del objeto social del INGENIO de cosechar para producir mieles o azúcar que es el producto final.

Solicitó se aplique el precedente vertical de la sentencia No. 30605 de 2008 de la Corte Suprema, magistrado GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA, demandante IDELFONSO MEJIA vs. RIOTEX y CTA CODESCO.

La parte demandada guardo silencio.

II. CONSIDERACIONES



1. Presupuestos procesales

En el presente proceso ordinario laboral se encuentran reunidos los requisitos necesarios para la regular formación del proceso y el perfecto desarrollo de la relación jurídico procesal, condiciones que permiten pronunciar una sentencia de fondo. No observándose causal de nulidad susceptible de invalidar lo actuado.

2. Competencia

Se ha precisado por esta Sala que la competencia del ad quem en materia del recurso de apelación, la atribuye directamente el recurrente al determinar los aspectos que no comparte del proveído impugnado, correspondiéndole al censor sustentar su inconformidad de manera que resulte clara y delimitada para la segunda instancia la temática objeto de análisis.

3. Problema jurídico

Propuesto el recurso de alzada por la parte demandante, y como quiera que el juez de instancia abordó ese tema, corresponde establecer si entre los accionantes y el Ingenio Pichichi S.A, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se suscitó una relación de trabajo en los términos previstos por el artículo 23 de CST, y solo si, el anterior problema resultare positivo, esto es declarar la existencia de la relación laboral entre los contradictores, se pronunciará esta Sala respecto de la pretensiones de pago de prestaciones sociales e indemnizaciones solicitadas con la demanda.

4. Tesis

Esta colegiatura, confirmará en su integridad la sentencia proferida por la primera instancia al considerar que dentro del juicio oral no se demostró la existencia de una relación laboral entre los actores y el Ingenio Pichichi S.A.

5. ARGUMENTOS DE LA DECISIÓN

5.1 Regulación de las cooperativas en el régimen jurídico colombiano.

Las normas que regulan el sector cooperativo en Colombia para la fecha de los hechos son la Ley 79 de 1988 *“Por la cual se actualiza la legislación cooperativa”*, y el Decreto 4588 de 2006 *“Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas de Trabajo Asociado”*.

De ellas se extrae que el trabajo cooperativo en Colombia se rige por sus propios estatutos, teniendo ello como consecuencia, que las relaciones entre la Cooperativa y sus asociados por ser de naturaleza asociativa y solidaria, están reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el acuerdo cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado. Sobre el tipo de relaciones contractuales dentro de las cooperativas, se tiene que los asociados, ponen al servicio de un ente común sus



propias capacidades para obtener beneficios mutuos, sin existir relaciones de dependencia o subordinación, pues se parte de la igualdad de los miembros de la colectividad, resultando inaplicable la legislación laboral ordinaria, que regula el trabajo dependiente.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de la Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1987, definió a las Cooperativas en los siguientes términos: *“En una cooperativa la asociación es completamente libre y quienes se vinculan, pasan a compartir los beneficios que ella les proporciona. No se da propiamente la relación de un empleador capitalista con su asalariado ya que el capital de estas esta fundamentalmente conformado por el trabajo de los socios que laboran por cuenta propia debido a que, en este sentido, son codueños de la empresa...”*

Por su parte los art. 17 del decreto 4588 del 2006 y en el artículo 7 de la ley 1233 de 2008, señalan que *cuando se configuren o comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Pre cooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado”*.

la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral , sentencia SL 6441 del 15 de abril de 2015 precisó que la celebración de contratos con las cooperativas no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, no se desconoce que la organización del trabajo autogestionario en torno a las cooperativas de trabajo asociado constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, pero dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada. Indica que la Corte que las cooperativas de trabajo asociado deben contar con medios propios, excepcionalmente pueden valerse de las máquinas y demás medios operacionales, debido a que esta situación puede ser un indicio de que el tipo de contrato es aparente y no real.

Finalmente, el artículo 63 de la ley 1429 de 2010, señala que el personal requerido en toda institución y o empresa pública o privada, para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá ser vinculado a través de cooperativas de trabajo asociado, que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales y legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

5.2 Contrato de trabajo

Reza el ordinal 1° del artículo 22 del C. S. T. que “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 continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración”.



Del referido texto se desprende, y así lo consagra el artículo 23 de la misma obra, que para predicar la existencia del contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo; b) La continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto al empleador y c) un salario.

Por su parte el artículo 24 del C.S.T. tiene establecido que al trabajador le basta con demostrar la prestación personal del servicio a favor de la persona llamada como empleador y los extremos personales para presumir que esa relación estuvo regida por un contrato de trabajo correspondiéndole al empleador que pretenda exonerarse de esa presunción demostrar que el contrato no fue de carácter laboral.

Sobre la aplicación del artículo 24 del C.S.T. la Sala de Descongestión laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL365 del 2019, radicación No. 5713, citando a su vez la sentencia CSJ SL4027-2017, reiteró *“(...)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”*. Por lo tanto, señala la Corte, que *“le corresponde al aparente empleador destruir tal presunción, mediante la acreditación de que la actividad contratada se ejecutó o realizó en forma autónoma, totalmente independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral, lo que dependerá del análisis de las pruebas del proceso.*

5.3 Caso concreto.

Atendiendo a lo propuesto en el recurso de alzada, es necesario establecer si a la luz del artículo 23 del CST, se originaron entre las partes los elementos propios de toda relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario, precisando que conforme al artículo 24 ídem, al trabajador le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, en unos extremos temporales específicos y a favor de la persona convocada como empleador, habida cuenta que probado el servicio, se presuman los restantes elementos, esto es, la subordinación y el salario.

En los hechos de la demanda se indicó que los actores prestaron el servicio a favor de la demandada a través de la AGROCOOP y PROGRESEMOS en los siguientes periodos:



JOSE NORBEY MALES PORTILLA: Del 22 de noviembre del 2005 al 29 de febrero de 2012

BERNARDO OSPINA MARTINEZ: Del 23 de junio de 2004 hasta el 29 de febrero de 2012.

Para la prosperidad de las pretensiones deben demostrar que efectivamente prestaron el servicio personal para el Ingenio Pichichi S.A, que el mismo debe ser prestado de manera personal y exclusiva por los trabajadores, y se deben acreditar los extremos de la relación laboral.

Lo primero que se hace necesario precisar, es que la liquidación de corte de caña presentada con la demanda, las cuales tiene el logo del Ingenio Pichichi S.A, y a través de las cuales se relaciona el promedio de caña cortada, de algunas personas (folios 54 a 56 y 60 del cuaderno 1), no se relaciona a ninguno de los demandantes, así que nada se puede concluir de ello. De la misma manera con la demanda, se aportaron comprobantes de nómina como cooperados y convenios de trabajo asociados de personas ajenas al proceso de la referencia, (folios 57 a 74 del cuaderno 1)

A fla. 76 a 88 del cuaderno 1, reposan diferentes acuerdos cooperativos de algunas personas distintas a los demandados. Seguidamente fueron allegados las facturas canceladas por el ingenio demandado a favor de la cooperativa AGROCOOP por concepto de cortes de caña, quema de caña (fls. 128 a 135).

A fls. 137 a 212 del cuaderno 1, existen las ofertas mercantiles suscritas entre PROGRESEMOS y el Ingenio Pichichi S.A, ofertas que tiene como objeto realizar a favor del Ingenio Pichichi el corte manual de caña de azúcar sembrada en terrenos de su propiedad y de terceros, en los sitios y en la programación que el aceptante disponga, teniendo en cuenta las condiciones acostumbra por el ingenio, además de las labores de riego, siembra y limpieza de caña.

Milita dentro del cuaderno 2 los estatutos de la CTA PROGRESEMOS (fls. 4 al 49), las actas de asamblea (fls. 50 a 78), las actas de consejo de administración (fls. 79 a 102), el régimen de trabajo asociado (fls. 103 a 119), el contrato suscrito entre varias cooperativas incluida la CTA PROGRESEMOS y la profesional del derecho para la asesoría jurídica, recibos de pagos doctora AMPARO LOPEZZ (fls. 124 a 141), recibos de pago de facturación (fl. 141 a 192), facturación por el servicio de corte de caña, servicios conexos al corte, compensación extraordinaria a nombre del Ingenio Pichichi (fl. 102 a 259).

A fl. 261 del cuaderno 3, fue allegado el certificado laboral con la CTA PROGRESEMOS y convenio asociativo de trabajo celebrados entre esta y el señor **JOSE NORBEY MALES PORTILLA** (fls. 267 a 270 del cuaderno 3); los llamados de atención realizados por el representante legal y gerente de PROGRESEMOS, así como suspensión laboral y llamados a descargos (fls. 305 a 313 del cuaderno 3); Posteriormente reposa los aportes a la seguridad social realizado por la CTA PROGRESEMOS visible a folios 315 a 324, así como también la dotación (fls. 325



381 del cuaderno 3), la compensación anual, intereses a compensación anual, semestral, descanso del demandante realizado a través del Banco de Bogotá (fl. 382 a 404 del cuaderno 3), los descuentos de nómina (fls. 405 a 409 del cuaderno 3), compensación semanal (fls. 410 a 504 del cuaderno 3), todos y cada uno de los conceptos realizados por la CTA PROGRESEMOS.

A fls. 512 a 515 del cuaderno 4, se encuentran convenio asociativo de trabajo celebrados entre PROGRESEMOS y el señor **BERNARDO OSPINA MARTINEZ**; a folio 518 a 519 del cuaderno 4 fueron allegados los llamados de atención realizados por el gerente de PROGRESEMOS; Posteriormente reposa los aportes a la seguridad social realizado por la CTA PROGRESEMOS visible a folios 524 a 529 del cuaderno 4, así como también la compensación anual, intereses a compensación anual, semestral, descanso del demandante realizado a través del Banco de Bogotá (fl. 530 a 538 del cuaderno 4), las dotaciones realizadas de igual manera por la CTA enunciada (fls 539 a 547 del cuaderno 4), la productividad (fls. 548 a 552 del cuaderno 4), los descuentos de nómina (fls. 553 a 557 del cuaderno 4), la compensación semanal (fls. 558 a 660 del cuaderno 4) y los kits y anchetas, todos y cada uno de los conceptos realizados por la CTA PROGRESEMOS (fls. 661 a 663 del cuaderno 4)

Las pruebas anteriormente referencias dan cuenta de que los demandantes prestaron sus servicios en calidad de cooperados de la CTA PROGRESEMOS, sin que en los documentos se especifique quien fue el beneficiario de ese servicio. Resulta necesario precisar, que con la documental aportada no se puede demostrar el elemento prestación personal del servicio de los accionantes a favor del Ingenio Pichichi S.A.

Debido a lo anterior, en aras de desentrañar si se probó por la parte demandante el elemento prestación personal del servicio, se procederá al análisis de la testimonial recibida. Se recibió la declaración del señor WILLIAM DE JESUS CALVO ACEVEDO quien desempeñó diferentes cargos en el área de campo, cosecha y en la parte administrativa del ingenio demandado, en cuanto a los hechos aducidos dentro de la litis sostuvo que nunca le dieron funciones a ningún trabajador que perteneciera a las cooperativas o S.A.S., explicó que su relación directa era con los gerentes y representantes, y tenían que ver con el tema de los contratos suscritos con las CTAS.

Por su parte la deponente NANCY BEATRIZ FRANCO CAMPO, quien ocupa el cargo de jefe de relaciones laborales de la convocada a juicio, señaló dentro de su relato que no conoce a los demandantes, nunca han pertenecido a la nómina directa del ingenio, tampoco ningún tipo de proceso disciplinario y no han recibido de parte de ellos ninguna incapacidad porque no son trabajadores de la empresa.

Los testigos de la parte demandante no asistieron a la audiencia de trámite y juzgamiento dentro de la referencia, siendo las anteriores ponencias las únicas testimoniales practicadas.



Como corolario, ante la ausencia de material probatorio que precise el cómo se suscitó la prestación del servicio, esto es, el establecimiento de las circunstancias del modo en que se relacionaban empleado y supuesto empleador, pues del material probatorio recaudado, no se pudo determinar cómo se desarrolló la misma, tampoco para que labor específicamente fueron contratados, como tampoco se pudo establecerse, si solo los demandantes podía ejercer esta labor a ellos encomendada sin poder delegatario alguno, característica esencial del elemento prestación personal del servicio, situaciones que perse, hacen infructuosos los reproches de alzada, teniendo como consecuencia la confirmación de los presupuestos establecidos en la sentencia de primera instancia.

Resulta necesario advertir, tal como se puede observar a fls. 29 a 30 del expediente, del certificado de existencia y representación del Ingenio Pichichi S.A., como de las ofertas mercantiles suscritas entre la CTA PROGRESEMOS y el Ingenio Pichichi S.A, es que el Ingenio si contrató a las CTA, para que a través de sus corteros se realizara una labor propia de su objeto social, y en ello acierta el apelante, sin embargo, lo que no se demostró en el plenario, fue que durante todo el tiempo que los demandantes estuvieron vinculados con la CTA, el único beneficiario de ese servicio haya sido el Ingenio Pichichi S.A., y si en gracia de discusión de aceptare que con los convenios suscritos entre la CTA y el Ingenio se puede demostrar que Pichichi fue el único beneficiario del servicio, tampoco se podría acceder a las peticiones, pues de las pruebas aportadas al expediente, especialmente de las testigos WILLIAM DE JESUS CALVO ACEVEDO y NANCY BEATRIZ FRANCO CAMPO fueron coincidentes en señalar que el Ingenio no ejercía subordinación sobre las personas vinculadas a través de las CTA.

COSTAS

Para culminar, esta colegiatura impondrá el pago de costas en esta instancia, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión normativa al trámite laboral, toda vez que el recurso no resultó próspero. Como agencias en derecho en segundo grado, se fija la suma de medio salario mínimo legal vigente, a cargo de la demandada de acuerdo con las tarifas fijadas en el ACUERDO No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

DECISIÓN

Por lo antes discurrido es que la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, administrado justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga el día cuatro (4) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019), según lo expuesto en la parte motiva de este proveído



SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes. Se señalan como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:

13d068b5597bbd57293fcaeda99eb547e56e844e06f7d07b13957b67ea09351e
Documento generado en 25/09/2020 10:53:48 a.m.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA LABORAL**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrado Ponente**

**SENTENCIA NO. 156
APROBADA EN ACTA NO. 23**

Guadalajara de Buga, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación N° 76-109-31-05-002-2016-00201-02. Contrato de trabajo. Proceso Ordinario Laboral de EUCARIS MOSQUERA MARTINEZ contra COOPAC CTA EN LIQUIDACIÓN Y OTROS

OBJETO DE LA DECISION

Procede la Sala de Decisión a proferir la sentencia de segunda instancia que se contrae a desatar el recurso de apelación formulado por los apoderados de las partes contra sentencia dictada en audiencia Pública celebrada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura el día dieciocho (18) de junio del año dos mil diecinueve (2019).

En aplicación del Decreto Legislativo 806 de 2020, se profiere la sentencia por escrito, previo traslado a las partes para presentar sus alegatos de segunda instancia.

ANTECEDENTES

1.1 La demanda.

La señora EUCARIS MOSQUERA MARTINEZ, formuló demanda ordinaria laboral contra COOPAC CTA EN LIQUIDACIÓN, SERPORTUARIOS Y SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA S.A., teniendo como pretensiones, se declare que entre el demandante la SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA S.A. y SERPORTUARIOS existió un contrato de trabajo a término indefinido sin solución de continuidad desde el día 1 de febrero de 1996 hasta el 30 de abril de 2015; que se declare que COOPAC CTA y SERPORTUARIOS LTDA, fungieron como simples intermediarias de las SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA SA y que dicha sociedad es solidariamente responsable de las acreencias laborales. De la misma manera, se conde de manera solidaria al apago de todas y cada una de las prestaciones sociales mientras se sostuvo la relación de trabajo, las 2 indemnizaciones del artículo 65 del CST, además de la sanción por no consignación de las cesantías, indemnización por falta de pago de los intereses a las cesantías, la indemnización por despido sin justa causa, el pago de



los aportes a seguridad social y de los días compensados, así como también los turnos la reliquidación y pago de los días en que laboró dos turnos.

Las anteriores pretensiones tienen como sustento fáctico los hechos que a continuación se señalan:

Aduce la demandante, que tanto COOPAC CTA y SERPORTUARIOS, celebraron contratos de prestación de servicios y ofertas mercantiles con la Sociedad Portuaria de Buenaventura, para el suministro de personal integral y especializado para el manejo de los sectores de control y almacenamiento, que una vez COOPAC CTA, entró en liquidación, inmediatamente se creó la empresa SERPOTUARIOS LTDA, la cual actualmente presta servicios como operador portuario para la sociedad portuaria.

Afirma que el demandante inicialmente se vinculó laboralmente con la CTA COOPAC el 1 de febrero de 1996, relación que llegó a su fin el 31 de agosto de 2012.

Manifiesta que, a partir del 1 de septiembre de 2012, el demandante se vinculó a la nómina de SERPORTUARIOS, relación que llegó a su fin el 30 de abril de 2015.

Se señala en la demanda que se le contrató para realizar la labor de distribuidor, actividad que fue realizada en los recintos de la Sociedad Portuaria de Buenaventura, que sus funciones consistían en recibir mercancía, contabilizarla verificarla, almacenarla en bodega, cobertizos y patios de la Sociedad Portuaria y custodiarla hasta la entrega de la misma.

Reglón seguido señala que SERPORTUARIOS LTDA en la liquidación confiesa la sustitución de empleadores con Coopac; que las órdenes las recibía de Serportuarios LTDA.

Que cumplía una jornada laboral de lunes a domingo, en 3 turnos de 8 horas, los cuales se cumplían de 6 am a 2 pm, de 2 pm a 10 pm y de 10 pm a 6am, que el demandante cumplía dos turnos de trabajo al día, y que cuando hacía doble turno trabajaba 14 y 22 horas diarias y que el salario siempre fue variable.

1.2 Contestación de la demanda.

La CTA COOPAC y SERPORTUARIOS, contestaron la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y buena fe. Señaló como argumentos de su defensa que todos los domingos y feriados fueron pagados a la actora, que no es cierto que el trabajador cumpliera 2 turnos, que se debe aplicar la excepción de prescripción de derechos, que con la liquidación de Coopac CTA y Serpotuarios LTDA operó el fenómeno jurídico de la sustitución de empleadores, por lo que los contratos de los trabajadores no se extinguieron, ni suspendieron ni modificaron, por lo que la actora continuó laborando sin



solución de continuidad, precisando que cuando finalizó la relación contractual con el demandante en la liquidación definitiva de acreencias labores se incluyó el tiempo servido con COOPAC. En cuanto a la indemnización por la terminación del contrato sin justa causa, aclaró que fue la demandante quien decidió renunciar para disfrutar de su pensión de vejez, y expuso que durante toda la relación laboral se le reconocieron sus prestaciones sociales y demás derechos laborales legales.

Por su parte la a Sociedad Portuaria Regional De Buenaventura, contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones de “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, carencia de legitimación en la causa por pasiva, carencia del derecho para demandar, exoneración de responsabilidad, prescripción, buena fe y genérica e innominada”, resulta necesario señalar que la misma, llamo en garantía a Confianza SA y Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia. Como fundamento de su defensa, que la demandante no ha tenido ninguna vinculación laboral con la Sociedad Portuaria, por tal razón a esta no se le puede endilgar responsabilidad alguna de las obligaciones insatisfechas que emergen de los supuestos contratos laborales celebrados entre la demandante y COOPAC y SERPORTUARIOS, pues esta es un contratista de la sociedad portuaria, quien actúa bajo sus propios medios de manera autónoma e independiente, asumiendo las obligaciones laborales que se presenten con su personal; que el demandante estaba vinculado con CTA COOPAC Y SERPORTUARIOS situación que es ajena a la Sociedad Portuaria.

Por su parte la Aseguradora Solidaria de Colombia, llamada en garantía se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones inexistencia de la obligación indemnizatoria en cabeza de la aseguradora por cuanto el asegurado y beneficiario de las pólizas es la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, delimitación contractual mediante exclusiones, garantías y demás condiciones contractuales establecidas en las pólizas, monto límite de cobertura de las pólizas, inexistencia de restablecimiento automático de la suma asegurada, carga de la prueba de los perjuicios de la responsabilidad del asegurado, subrogación, inexistencia de la realización del riesgo asegurado por cumplimiento en las obligaciones de Cooperativa de Servicios Portuarios CTA y Serportuarios LTDA, prescripción de las acreencias laborales, ausencia de legitimación en la causa por pasiva ante la inexistencia de solidaridad entre Coopac CTA y SERPORTUARIOS LTDA y la Sociedad Regional de Buenaventura, inexistencia de la relación laboral y de contrato de trabajo entre el actor con Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, cobro de lo no debido y compensación, innominada y prescripción.

1.3 Sentencia de primer grado.

Mediante sentencia adiada 1 de junio de 2019, el Juez Segundo Laboral de Buenaventura declaró la existencia de la relación laboral entre la demandante EUCARIS MOSQUERA MARTINEZ y las demandadas COOPAC CTA EN LIQUIDACIÓN y SERPORTUARIOS LTDA, desde el 16 de junio de 1996 al 30 de abril de 2015; seguidamente estudió la figura de la solidaridad encontrando que la demandada Sociedad Portuaria de Buenaventura es solidaria como beneficiaria



directa de los servicios prestados por el actor. Respecto del pago de las acreencias laborales adeudadas refirió que la actora señaló dentro de su declaración que fueron realizados los pagos solo que no estaba de acuerdo por considerar que no se realizaron de manera completa y las reclamaciones realizadas eran de manera verbal, no obstante, la demanda estaba encaminada a obtener el pago de las mismas y no de su reliquidación, situación que tiene respaldo con las pruebas a folios 2018 a 2155, de igual manera absolvió al pago de las sanciones e indemnizaciones solicitadas, así como también del trabajo suplementario.

En cuanto al pago de los aportes a la seguridad social sostuvo el operador jurídico no ser viable impartir condenas para el pago de los aportes en salud y riesgos profesionales debido que estas ya se causaron, y respecto a los aportes a pensión la progenitora del litigio afirmó dentro de su declaración que las demandadas COOPAC y SERPORTUARIOS realizaron el pago de los mismos.

1.4 Recurso de apelación.

La profesional del derecho que defiende los intereses de la **demandante**, presentó recurso de apelación solicitando que se declare la existencia de un contrato realidad entre la demandante y las entidades cooperativa de trabajo asociado - Coopac, Serportuario - Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, como argumento de su reproche sostuvo que fue disfrazada la relación laboral disfrazada entre la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura y la demandante, en la que fungió como intermediario falso las empresas cooperativas – Coopac y Serportuarios LTDA. Así mismo, solicita al Tribunal que se declare que se le adeuda a la demandante las prestaciones sociales, en especial las cesantías no canceladas desde los extremos laborales probados con los patronales Cooperativa Coopac y Serportuaria LTDA, las cuales no han prescrito dado que la relación laboral feneció en el año 2015 y la demanda se presentó en término, regla que también se cumple respecto de los intereses a las cesantías.

De igual manera, solicitó que se condene a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T. y S. S, al considerar que es procedente de forma solidaria contra Coopac, Serportuaria, Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura y las llamadas en garantía ante la evidente mala fe en tratar de encubrir la relación laboral del accionante bajo la figura de un contrato de asociación cooperativo, por lo que deberá pagar la accionada solidariamente las sumas objeto de condena tanto por sanción moratoria por el no pago de aportes a seguridad social y parafiscales como por la no consignación de cesantías a un fondo.

De igual manera, solicita que se pronuncie sobre los días de descanso compensatorio reclamados y que no le fueron pagados a la demandante, de los cuales se deduce con los comprobantes de pago aportados con la demanda, de los cuales, puede deducir claramente que no se le canceló la totalidad de sus prestaciones.



Finalmente, respecto de la sanción moratoria, refirió que a la finalización del vínculo le quedaron adeudando a la demandante salarios y prestaciones y por lo tanto es procedente la sanción deprecada y que también sean condenadas las compañías de seguros vinculados con el llamamiento en garantía.

Seguidamente el **apoderado de la Sociedad Portuaria de Buenaventura** interpuso recurso de apelación frente al numeral 3 de la sentencia, inconformidad que radica en primer lugar debido que operador jurídico no tuvo en cuenta lo establecido en la Ley 1 de 1991, la cual se estableció que los operadores portuarios podían realizar actividades propias y relacionadas con las sociedades portuarias, lo cual exime de la solidaridad a la sociedad. En segundo lugar, señaló que no se tuvo en cuenta que se logró establecer y probar que Serportuarios pagó todas las acreencias laborales a la demandante, y en ese sentido no habría razón a que se condene a la solidaridad alguna, toda vez que se cumplió con todas las acreencias laborales.

Por último, también solicitó tener en cuenta, sin el ánimo de aceptar las pretensiones de la parte demandante, que la señora Eucaris comenzó a trabajar en el año 1996 fecha para la cual se encontraba vigente la Ley 50 de 1990, por lo que la prescripción que se le debe aplicar es la establecida por el despacho de los 3 años contados independientemente desde el momento en que se causó la prestación.

1.5 Trámite de segunda instancia

Admitido el recurso de apelación, en aplicación de Decreto Legislativo 806 de 2020 se corrió traslado para presentar alegatos de segunda instancia, oportunidad en la cual el recurrente, la demandada SOCIEDAD PORTUARIA, solicitó que debe ser modificada la sentencia de primer grado reiterando que ellos no deben responder solidariamente por las condenas que se impartan.

Sostuvo que dentro del plenario quedó demostrada la relación laboral entre la demandante, COOPAC y SERPORTUARIOS, quienes fungieron como únicos y verdaderos empleadores, asumiendo el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato de trabajo que entre estos existiere.

Bajo este entendido resulta inane predicar responsabilidad solidaria máxime cuando se ilustró que las actividades ejecutadas por estos no guardan relación alguna con el objeto social de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA, quien cumple funciones de administrador del área concesionada, estándole expresamente vedado realizar operaciones portuarias, actividad a la que se dedican de pleno COOPAC y SERPORTUARIOS para el momento de los hechos.

En síntesis, no se cumplen los presupuestos contenidos en el artículo 34 del CST para la declaratoria de responsabilidad solidaria entre mi representada y los otros convocados a juicio, y ello por una potísima razón que pasó por alto el fallador en primera instancia, cual es que las actividades realizadas por los aquí



demandantes se catalogan como labores extrañas a las actividades normales de la empresa contratante, de allí que no exista fundamento jurídico para que prosperen condenasen su contra.

Por su parte la llamada en garantía precisó que de conformidad con el principio de consonancia en este caso existe sentencia absolutoria en firme frente a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA LTDA, por lo tanto, el único legitimado para apelar la sentencia frente a la aseguradora es el asegurado SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. SPRBUN.

Explicó que de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, deberá el juzgador de segunda instancia considerar en su sentencia únicamente los reparos presentados por las partes, destacándose que en este caso en concreto la única parte que presentó reparos y apelación en contra del numeral 4 de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en donde se absolvió a la aseguradora SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA LTDA, fue la parte actora sin que se hubiese presentado apelación alguna por la parte asegurada SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. SPRBUN que llamó en garantía a mí representada.

Inexistencia de siniestro ante la falta de solidaridad entre la parte demandada y SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. SPRBUN, es decir, para poder que existiera un siniestro se hacía necesario que concurrieran al proceso los siguientes elementos: 1. La existencia de un incumplimiento contractual en las obligaciones laborales (pagos de salarios y prestaciones sociales) por parte de COOPERATIVA DE SERVICIOS PORTUARIOS - COOPAC CTA Y SERPORTUARIOS LTDA y 2. Que producto de tal incumplimiento se pudiese predicar la solidaridad de que trata el artículo 34 del C.S.T. en contra de SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. SPRBUN y que se dictase una sentencia condenatoria en contra de SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. SPRBUN.

Por último, sostuvo que el siniestro es inexistente ante la falta de detrimento en el patrimonio del asegurado SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. SPRBUN pues el contratista pagó todas sus obligaciones.

El demandante y los demás extremos plurales llamados a juicio no presentaron escritos.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

En el presente proceso ordinario laboral se encuentran reunidos los requisitos necesarios para la regular formación del proceso y el perfecto desarrollo de la



relación jurídico procesal, condiciones que permiten pronunciar una sentencia de fondo, sin que se evidencie causal de nulidad susceptible de invalidar lo actuado.

2. Competencia de la Sala

El artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social restringe las facultades del *ad-quem* a las materias específicamente expuestas por el apelante.

3. Cuestiones previas-interpretación de la demanda.

Aduce el apoderado judicial de la parte demandante dentro del reproche propuesto que la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura SA es responsable en calidad de empleador de las obligaciones causadas a favor de la demandante, además que considerar que la CTA Coopac y Serporturios LTDA, fungieron como simples intermediarias razón por la que solicita se declare responsable a la Sociedad Portuaria de Buenaventura SA, frente al pago de las condenas impuestas. De la misma manera, dentro del recurso solicita que se declare solidariamente responsable a la Sociedad Portuaria de Buenaventura S.A.

Visto el recurso de alzada, lo primero que se hace necesario precisar es que la parte inconforme pretende se declare responsable a la Sociedad Portuaria al haber utilizado Cooperativas de Trabajo Asociado para desnaturalizar la existencia de la relación laboral que existió entre la demandante y la Sociedad Portuaria, considerando a esta última como el verdadero empleador de la parte actora.

Resulta necesario señalar, que existe una contradicción en el argumento propuesto dentro del recurso de alzada, en el sentido, de que no se puede pretender por la parte accionante, se declare solidariamente responsable al que según su dicho, es el directo responsable del pago de las obligaciones laborales, y de quien se dice es el verdadero empleador. El mismo contrasentido se vislumbra en el escrito demandatorio, tanto en el acápite de los hechos como en las pretensiones de la demanda, pues en la pretensión primera se pretende se declare que COOPAC CTA y SERPORTUARIOS LTDA, fungieron como simples intermediarias de las SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA SA y que existió un contrato de trabajo a término indefinido sin solución de continuidad desde el 16 de junio de 1996 hasta el 30 de abril 2015, solicitándose en la pretensión segunda que se declare solidariamente responsable a la SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA SA. De la misma manera, en los hechos 7° y 8 de la demanda se afirma que la accionante prestó sus servicios personales a favor de COOPAC CTA EN LIQUIDACIÓN, a través de un contrato de trabajo, precisándose en los hechos siguientes, que a partir del 1° de septiembre de 2012, la ejecución de las funciones del cargo de distribuidor, desarrolladas por la demandante, comenzaron a ser dirigidas y supervisadas, en cuanto al tiempo, modo y cantidad de trabajo por los funcionarios y empleados de SERPORTUARIOS LTDA, reconociéndose en el hecho 14 que durante la ejecución de la relación laboral se presentó una intermediación laboral donde la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura utilizó a las empresas COOPAC y



SERPORTUARIOS para ocultar la relación laboral entre la actora y la demandada SPRBUN.

Habida cuenta de las contradicciones esbozadas, resulta necesario recordar, lo establecido por La Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien a través de providencia del 22 de noviembre de 2014, radicada bajo la partida N°63964, MP Martín Emilio Beltrán Quintero, rememorando las orientaciones fijadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 14 feb. 2005, rad.22923, indicó la obligación del juez de interpretar la demanda vaga, contradictoria e imprecisa, diciendo:(...) *Desde antaño, es jurisprudencia adoctrinada que cuando el juez al momento de dictar sentencia se encuentra ante una demanda que no ofrezca la precisión y claridad debidas, bien por la forma como aparecen las súplicas, ora en la exposición de los hechos, también en los fundamentos de derecho, o en las unas y en los otros, está en la obligación de interpretarla para desentrañar el verdadero alcance e intención del demandante, al formular sus súplicas, para lo cual debe tener muy presente todo el conjunto de ese libelo, sin que pueda aislar el petitum de la causa petendi, buscando siempre una afortunada integración, por cuanto los dos forman un todo jurídico; y además si es necesario para precisar su auténtico sentido y aspiración procesal, tener en cuenta las actuaciones que haya desarrollado el actor en el trámite del proceso, lo cual debe observar celosamente el instructor judicial a manera de saneamiento, a efecto de evitar una nulidad o una decisión inhibitoria con grave perjuicio para los litigantes y talanquera infranqueable para que se llegue a la norma individual constituida con la sentencia de fondo, lo que choca con el deber ser de la administración de justicia.*”

Descendiendo al caso *subjudice*, resulta evidente para esta Corporación la indebida acumulación de pretensiones en que incurrió la parte actora en el escrito introductorio, sin que se vislumbrare dentro del trámite procesal, que el aquo tomó alguna medida de saneamiento, tanto en la admisión de la demanda, como en la etapa de saneamiento dentro de la audiencia del artículo 77 de CPT y la SS, tendiente a corregir la contradicción de pretenderse que la SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA SA, sea considerada como verdadero empleador, y a su vez como solidariamente responsable en virtud del artículo 34 del CST, lo que devendría en una posible sentencia inhibitoria.

Sin embargo, teniendo en cuenta la obligación del juez de interpretar la demanda y de ser necesario, para precisar el auténtico sentido y aspiración procesal de la parte demandante, acudir a las actuaciones que se haya desarrollado en el discurrir del trámite procesal, en aras de desentrañar el querer de las partes y así evitar posibles decisiones inhibitorias, se verificará por esta Sala, si las actuaciones procesales estuvieron perfiladas a demostrar la relación laboral con la SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA S.A. o si por el contrario, se pretendía demostrar que la relación laboral se suscitó con COOPAC CTA y SERPORTUARIOS LTDA, y vincular a la SOCIEDAD PORTUARIAS como solidariamente responsable.



Descendiendo al caso objeto de estudio, en la audiencia de fijación del litigio del 4 de diciembre de 2018, escenario a través del cual los apoderados judiciales de la partes junto con el juez fijaron el litigio, se acordó como objeto de debate procesal, establecer quien fungió como verdadero empleador. Además de lo anterior, casi toda la actividad argumentativa dentro del recurso de alzada, estuvo perfilada a que se reconociera a la SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA SA como el verdadero empleador de la demandante.

4. Problema jurídico.

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Corporación haciendo uso de las facultades hermenéuticas, tendrá como problema jurídico al litigio propuesto, determinar si entre la señora EUCARIS MOSQUERA MARTINEZ y la SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA SA, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se suscitó una relación de trabajo en los términos previstos por el artículo 23 de CST, y solo si, el anterior problema resultare positivo, esto es declarar la existencia de la relación laboral entre los contradictores, se pronunciará respecto de las pretensiones de liquidación de prestaciones sociales, pagó de cesantías e indemnizaciones solicitadas con la demanda, descartándose la pretensión de tener como empleadores de la accionante a COOPAC CTA y SERPORTUARIOS LTDA y como solidariamente responsable a SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA SA.

5. Tesis

Esta agencia judicial, revocará el numeral tercero de la decisión de primera instancia y confirmará la sentencia en todo lo demás.

6. Argumentos de la decisión.

6.1. Principio de la primacía de la realidad.

El artículo 53 Constitucional consagra este principio de la siguiente manera: *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*.

La figura del contrato de trabajo realidad, no es más, que aquel contrato, que aunque no se definió, ni formalizó, se considera que existe por la naturaleza misma de las actividades desarrolladas por el trabajador. La Ley Laboral señala que independientemente al nombre que las partes le den al vínculo que las une, si se configuran los elementos señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, que son prestación personal del servicio, subordinación y salario, se entenderá que existe una verdadera relación laboral por expreso mandato legal.

6.2. Contrato de trabajo

Reza el ordinal 1º del artículo 22 del C. S. T, vigente para la época de los hechos, que “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 continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración”.

Del referido texto se desprende, y así lo consagra el artículo 23 de la misma obra, que para predicar la existencia del contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo; b) La continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto al empleador y c) un salario.

Por su parte el artículo 24 del C.S.T. tiene establecido que al trabajador le basta con demostrar la prestación personal del servicio, y los extremos personales para presumir que esa relación estuvo regida por un contrato de trabajo correspondiéndole al empleador que pretenda exonerarse de esa presunción demostrar que el contrato no fue de carácter laboral.

Sobre la aplicación del artículo 24 del C.S.T. la Sala de Descongestión laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL365 del 2019, radicación No. 5713, citando a su vez la sentencia CSJ SL4027-2017, reiteró “(...) *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*”. Por lo tanto, señala la Corte, que “*le corresponde al aparente empleador destruir tal presunción, mediante la acreditación de que la actividad contratada se ejecutó o realizó en forma autónoma, totalmente independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral, lo que dependerá del análisis de las pruebas del proceso.*”

Caso concreto

Atendiendo a lo propuesto en el recurso de alzada, es necesario establecer si a la luz del artículo 23 del CST, se originaron entre las partes los elementos propios de toda relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario, precisando que conforme al artículo 24 ídem, al trabajador le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, en unos extremos temporales específicos y a favor de la persona convocada como empleador, habida cuenta que probado el servicio, se presuman los restantes elementos, esto es, la subordinación y el salario.



En los hechos de la demanda se indicó que la actora prestó el servicio a favor de la demandada SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA SA a través de las empresas COOPAC CTA y SERPORTUARIOS LTDA, desde el 16 de junio de 1996 hasta el 30 de abril 2015.

Para la prosperidad de las pretensiones debe demostrar la parte demandante que efectivamente prestó el servicio en beneficio de la Sociedad Portuaria de Buenaventura SA, que el mismo debe ser prestado de manera personal y exclusiva por la trabajadora, acreditando los extremos de la relación laboral.

Descendiendo al sublite, a folio 319 del cuaderno 2, seguidamente se encuentra entrega que hace Serportuarios LTDA a la demandante de los comprobantes de pago a la seguridad social de los últimos 3 meses; algunas vacaciones concedidas por Serportuarios, la terminación del contrato de trabajo presentada por la actora ante Serportuarios, el aumento de sueldo de los años 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2012, 2013, 2013 por parte de COOPAC y SERPORTUARIOS, la suspensión por ausentismo suscrito por el gerente de Serportuarios y Coopac, afiliación al sistema de seguridad social en salud y riesgo profesionales donde fue señalado como empleador Serportuarios, la terminación del contrato realizada por Serportuarios, el contrato laboral suscrito entre la actora y Serportuarios, la autorización de descuento dirigida a Coopac, las circulares internas suscritas por el gerente de Coopac y la actora, la solicitud de no realizar descuento a pensión por haber presentado solicitud de pensión presentada por la demandante dirigido al gerente de Coopac, solicitud de permiso ante Coopac, la terminación del convenio asociativo con Coopac, prórroga del convenio asociativo con Coopac firmado por la accionante, llamado de atención realizado por Coopac, la evaluación desempeño elaborado por Coopac; a folios 502 al 623 del cuaderno 2 se encuentran los contratos de almacenaje y tarja suscritos entre SERPORTUARIOS LTDA con la SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA SA.

A folios 625 a 671, reposan las consignaciones de las cesantías y aporte a la seguridad social, a folios 672 a 1594 se encuentran las nóminas de la señora EUCARIS MOSQUERA cuando estuvo al servicio de COOPAC CTA y Serportuarios; a folios 1862 a 1979 contrato de suministro de personal y administración de los sectores de almacenamiento entre COOPAC y La Sociedad Portuaria de Buenaventura, de igual manera milita las ofertas mercantiles entre la sociedad portuaria con Coopac y Serportuarios.

Las pruebas anteriormente referenciadas dan cuenta de que la demandante prestó sus servicios contratada laboralmente por la CTA COOPAC y por SERPORTUARIOS LTDA para desempeñar el cargo de distribuidora en las instalaciones del terminal marítimo de Buenaventura. Resulta necesario precisar, primero, que con la documental aportada no se puede demostrar el elemento prestación personal del servicio de la accionante a favor de la SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA S.A, y en segundo lugar, que con la contestación de la demanda se confesó por parte de la CTA COOPAC y por SERPORTUARIOS LTDA que la accionante prestó sus servicios personales para



ellos, aceptándose la existencia del contrato de trabajo, tanto por parte de la CTA, como de la sociedad de responsabilidad limitada en las instalaciones del terminal marítimo de Buenaventura.

Debido a lo anterior, en aras de desentrañar si se probó por la parte demandante el elemento prestación personal del servicio a favor de la SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA SA, se procederá al análisis de la testimonial recibida, procediéndose en primer lugar a verificar las declaraciones de los testigos de la parte demandante, para luego revisar el dicho de las testimoniales de la parte demandada. La señora Felisa Santisteban Ramos, aseguró conocer a la demandante porque cuando ingresó a la empresa en el año de 1998 ya la demandante llevaba uno o dos años trabajando; que la actora era distribuidora igual que ella la señora Eucaris recibía las mismas órdenes por los almacenistas cuando era Coopac, y cuando era Serportuario con los mismos jefes, quienes eran los coordinadores que estaban en el patio o bodega de la sociedad. Explicó que de pronto los supervisores de Coopac o Serportuaria recibían órdenes de la Sociedad Portuaria, cuando los supervisores les decían que necesitaban personal, por la sociedad para recibir alguna motonave. Declaró que los permisos se tramitaban ante los jefes de Coopac o Serportuario. Señaló que Serportuario empezó a funcionar en el año 2012, y que para esa fecha los funcionarios de la Sociedad Portuaria tenían que seguir cumpliendo con sus funciones, porque tenían que seguir siendo los jefes en los parques. Manifestó que el cargo de distribuidor lo cumplían dentro de los recintos de los patios y bodegas de la Sociedad Portuaria; que en relación con ellos los distribuidores la empresa que se encarga de ponerle el personal a la Sociedad Portuaria inicialmente era Coopac y luego Serportuaria. Señaló que un tiempo ella y la actora estuvieron en el mismo patio, que de pronto separadas por un contenedor, que no recuerda el año en que estuvieron juntas, que ya en el último año a la señora Eucaris y a ella las enviaron a patios diferentes, y que ya se reunían en la oficina, pero en el momento de trabajo ambas estaban en su respectivo patio.

En segundo lugar, de la declaración de la señora Martha Ruiz Arboleda, única testigo de la parte demandada, se puede concluir que la demandante fue trabajadora de Serportuarios LTDA, prestándole sus servicios personales en los terminales portuarios de Buenaventura.

El testimonio de la parte demandante no ofrece ningún elemento de juicio para desentrañar la pretensión propuesta en el escrito demandatorio, atendiendo que la deponente Felisa Santisteban Ramos indicó inicialmente que recibía órdenes del personal de la Sociedad Portuaria y posteriormente relató que la actora igual que ella recibía las mismas ordenes por los almacenistas cuando era Coopac, y cuando era Serportuario con los mismos jefes, que los permisos eran solicitados ante Coopac y Serportuarios, además no existe certeza que la precitada tuviera una percepción directa pues expuso que no recuerda el año que estuvieron juntas en el mismo patio. Además, la actora dentro de su declaración expuso Coopac o Serportuarios eran quienes le pagaban sus salarios y prestaciones, las dotaciones, que ellos realizaban las diligencias para que ella pudiera ingresar a los recintos portuarios, que la cooperativa y Serportuarios era quienes le pagaban los aportes



a seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales. Que Coopac y Serportuario era quienes le otorgaban las vacaciones y ante quienes tramitaba las incapacidades. Enunció que cuando se incurría en una falta disciplinaria que quien hacía el proceso disciplinario era Coopac o Serportuario y quien le daba las instrucciones era el supervisor de esa empresa, pues siendo la intención del demandante, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se declare una relación laboral entre la demandante y la Sociedad Portuaria de Buenaventura SA, se puede concluir que la demandante recibía órdenes tanto de la CTA Coopac y de Serportuarios LTDA.

Así las cosas, si bien es cierto se demostró que la Concesionaria se beneficiaba del servicio prestado por la actora, no se pudo demostrar que fue el directo empleador de la demandante, mucho menos, se logró aclarar, que quien recibía el servicio personal de manera directa era la Sociedad Portuaria de Buenaventura SA, además de ello, la confusión incurrida en la estructuración de la demanda, en el sentido de que no se estableció de manera clara, si la Sociedad Portuaria de Buenaventura SA fungió como empleador de la demandante o fueron CTA Coopac y de Serportuarios LTDA, tiene como consecuencia, la absolución de la Sociedad Portuaria de Buenaventura SA de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y la confirmación de la sentencia de primera instancia, por razón diferentes a la expuestas por el aquo.

Responsabilidad solidaria de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura.

Ahora bien, dentro del recurso propuesto, alega la apodera judicial de la Sociedad Portuaria de Buenaventura, que su prohijada no es solidariamente responsable de las obligaciones contraídas por Coopac CTA, como por Serportuarios Ltda, de la misma manera señala que el operador jurídico no tuvo en cuenta lo establecido en la Ley 1 de 1991, la cual se estableció que los operados portuarios podían realizar actividades propias y relacionadas con las sociedades portuarias. En segundo lugar, señaló que no se tuvo en cuenta que se logró establecer y probar que Serportuaria pagó todas las acreencias laborales a la demandante, y en ese sentido no habría razón a que se condene a la solidaridad alguna, toda vez que se cumplió con todas las acreencias laborales.

El artículo 34 del CST, prescribe; *1o) 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. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*



Ha precisado la Corte, que la norma en cita contempla que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra es solidario con el contratista respecto del valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Así, el responsable solidario es un garante de las obligaciones que corresponden al empleador, esto es, de una deuda surgida del contrato de trabajo (sentencia CSJ SL, 17 ag. 2011, rad. 35938).

En la sentencia **SL2087-2020, Radicación n° 76155, la Corte reiteró que la** solidaridad del beneficiario o dueño de la obra es un mecanismo para proteger los derechos laborales, a través del cual *«se le hacen extensivas, al obligado solidario, las deudas insolutas (prestacionales o indemnizatorias) en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante la usual insolvencia del deudor principal que no es otro que el empleador. Así lo sostuvo esta Sala en sentencia del 25 de mayo de 1968 [...]»* (sentencia CSJ SL, 26 sep. 2000, rad. 14038).

En este orden de ideas, cuando se predique que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra es solidario, es imprescindible la determinación de las obligaciones surgidas del contrato de trabajo habida cuenta que la responsabilidad del solidario no se deriva de una deuda autónoma, sino que recae sobre la que adeude el empleador.

En el caso concreto, no existía previo al proceso, el reconocimiento de una obligación clara, expresa y exigible a cargo de Coopac CTA y Serportuarios Ltda, o declarada judicialmente en un proceso anterior. Justamente se presentó el proceso para lograr la declaración de la existencia de unas obligaciones laborales insolutas a cargo del empleador, pretensiones que se despacharon desfavorablemente, de manera que, absuelto al deudor principal, no era del caso, como equivocadamente lo hizo el a quo, declarar a la Sociedad Portuaria de Buenaventura como solidariamente responsable, pues se insiste, no existe obligación sobre la cual se predique solidaridad alguna.

Por lo anterior, será revocado el numeral tercero de la sentencia proferida por la primera instancia.

7. COSTAS

Para culminar, esta Colegiatura no impondrá el pago de costas en esta instancia.

8. DECISIÓN

En virtud de los anteriores razonamientos, se confirmará la decisión de primera instancia en lo que a este tópico se refiere. En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE



PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia del dieciocho (18) de junio del año dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, y confirmar en todo lo demás.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:

6a6ac32661b4ed8c92231aee3b80ab41d05634a571d5d0b4c716dd3faddc69db

Documento generado en 25/09/2020 10:54:12 a.m.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA LABORAL**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrado Ponente**

**SENTENCIA No. 157
APROBADA EN ACTA No. 23**

Guadalajara de Buga, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

**PROCESO ORDINARIOS LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DEMANDANTE:
JHON FREDY CAICEDO SOLIS DEMANDADO: CLINICA SANTA SOFIA DEL
PACIFICO LTDA. Y SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S
SOLASERVIS RADICADO: 76-109-31-05-001-2017-00097-01**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala Tercera de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia dictada en audiencia Pública celebrada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura el día treinta (30) de abril del año dos mil diecinueve (2019).

En aplicación del Decreto Legislativo 806 de 2020, se profiere la sentencia por escrito, previo traslado a las partes para presentar sus alegatos de segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor JHON FREDY CAICEDO SOLIS, actuando a través de apoderada judicial, instauró proceso ordinario laboral de primera instancia en contra de las sociedades CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., y SOLUCIONES LABORALES Y SERVICIOS S.A.S. SOLASERVIS S.A.S., a fin de que se declare la existencia de una relación laboral a término indefinido entre el 1 de abril de 2013 y el 24 de febrero de 2016 con la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., fungiendo como intermediario la sociedad SOLASERVIS S.A.S.

En consecuencia de la declaratoria de las relaciones laborales, dentro de los periodos antes mencionados, se condene a las demandadas a la reliquidación y pago de la totalidad de las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, laboradas por el actor; la reliquidación y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones compensadas en dinero, la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación completa de las cesantías causadas desde el 2013 a 2016; indemnización por mora en el



pago completo de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación de la relación laboral art. 65 del C.S.T., así como la indemnización por despido sin justa causa; la indemnización moratoria del parágrafo 1, del art. 65 del C.S.T., modificado por el art., 29 de la ley 789 de 2002, parágrafo 1, por no remitir a la terminación de la relación laboral copia de pagos a seguridad social y parafiscales; la indemnización por terminación unilateral sin justa causa.

Como fundamento de sus pretensiones expresó que: a través de la sociedad SOLASERVIS S.A.S., suscribió un contrato de obra o labor, sin especificar o determinar la extensión de la obra, que prestó sus servicios para la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA, cumpliendo con un horario de trabajo por turnos de 6:00 a.m., a 2:00 p.m., y de 2:00 p.m. a 10:00 p.m., y de 10:00 p.m a 6:00 a.m., los cuales eran variables cada dos días, y los días sábados, domingos o festivos se laboraban 12 horas, recibiendo órdenes y directrices para el desarrollo de sus funciones por parte de los directivos y coordinadores de la Clínica; que la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., era la empresa que fijaba las políticas, tanto así que para ausentarse del trabajo tenía que solicitar permiso a los directivos de la clínica; que como retribución de sus servicios percibió un salario de \$ 690.000; que la relación se extendió hasta el 24 de febrero de 2016 fecha en la que SOLASERVIS decidió dar por terminada de manera unilateral la relación laboral; que el demandante no recibió pago alguno por concepto de intereses a la cesantías, primas de servicio, vacaciones; que las cesantías no se cancelaron de manera completa; que no se liquidaron el valor completo de las horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos; que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales para la liquidación de sus prestaciones sociales de cada año al haberse excluido las horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos.

1.2. Las respuestas a la demanda

La demandada SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. – SOLASERVIS S.A.S., en su escrito de respuesta aceptó los hechos: 1, 5, 7 y 8. De los demás hechos manifestó que no son ciertos o que no le constan, frente a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas, y propuso como excepciones de mérito: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, MALA FE DEL DEMANDANTE, LÍMITES A LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA, INEXISTENCIA DE DESPIDO INJUSTO, EXCEPCIÓN GENÉRICA, PRESCRIPCIÓN GENÉRICA, BUENA FE DE SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S., COMPENSACIÓN”*. (ff. 64 a 104)

Por su parte, la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., al descorrer el traslado de la demanda aceptó los hechos 1, y 10, frente a los demás hechos manifestó que son ciertos parcialmente y que no le constan, respecto de las pretensiones se opuso a todas y cada una de ellas, y propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó *“PAGO TOTAL, BUENA FE, GENERICA O INNOMINADA, PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, MALA FE*



Y TEMERIDAD EN EL ACTUAR DEL DEMANDANTE Y SU APODERADO JUDICIAL” (f. 264-272).

1.3 Sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, mediante sentencia No. 025 del 30 de abril de 2019. Resuelve:

“

. PRIMERO.- DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia del despido injusto, compensación, pago total, propuestas por las demandadas CLINICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., y a SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S., SOLASERVIS S.A.S.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el demandante señor JHON FREDDY CAICEDO SOLIS y la CLINICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., el vínculo que les unió fue un contrato de trabajo verbal a término indefinido, que se desarrolló del 01 DE ABRIL DE 2013 AL 24 DE FEBRERO DE 2016, de acuerdo al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, y a la demandada SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S., SOLASERVIS S.A.S., como solidariamente responsable de las obligaciones laborales decretadas en este proveído.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas CLINICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., y a SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S., SOLASERVIS S.A.S., de las demás pretensiones contempladas a folios 06 al 09, del libelo genitor de este proceso, elevadas en su contra por el actor, y por lo dicho a lo largo de este proveído.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por las resultas del proceso.”

1.4. Apelación parte demandante

“Apelo la decisión tomada al negar la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST, toda vez que quedó demostrado en el proceso que no se pagaron completas las prestaciones sociales del actor ni las horas extras, además las demandadas obraron de mala fe con mi mandante a través de contrato de prestación de servicios con la clínica santa Sofía quien era el verdadero empleador del señor Jhon Fredy Caicedo Solís.

Ahora, las entidades demandadas violaron lo preceptuado en el artículo 2° parágrafo 13 del decreto 0024 de 1998 “si cumplido el plazo de 6 meses a que se refiere el artículo más la prórroga y persiste la necesidad originaria del objeto del contrato subsiste la empresa usuaria esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferentes empresas de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.



La empresa demandada SOLASERVIS viene contratando personal en misión para la clínica santa Sofía del pacífico desde el 1° de abril del 2013 hasta la fecha cuando la norma dice que son solo 6 mes prorrogables por otros 6 meses, y ya lleva 5 años contratando así con lo cual se tipifica un contrato realidad entre el demandante y la Clínica Santa Sofía del Pacífico.

Que se debe reliquidar las prestaciones sociales con base en la reliquidación de las horas extras.

Con base en lo anterior, le solicito a los señores magistrados se sirva modificar la sentencia apelada y en su lugar se reconozca la reliquidación de las horas extras, que se reliquide las prestaciones sociales con base en el factor salarial de las horas extras, que se condene a las demandadas al pago de la indemnización moratoria del art. 65 CST, por falta de pago completo de salarios, horas extras y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, que se condene a las demandadas al pago de la indemnización moratoria por la no consignación completa de las cesantías y los intereses a las cesantías conforme al art. 99 de la Ley 50/90, y que se condene en costas a la parte demandada.”

1.5. Del trámite de Segunda Instancia

Admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para que presentar los alegatos de segunda instancia. La parte actora guardó silencio.

De otro lado, la EST SOLASERVIS S.A.S. dentro de los alegatos presentados refirió i.) que el demandante fue contrato mediante contrato de obra o labor, para trabajar como empleado en misión en el cargo de auxiliar de servicios de información en empresa usuaria CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO, que tuvo 3 vínculos laborales autónomos e independiente en diferentes cargos tal y como se puede comprar con las pruebas documentales aportadas con la respuesta, ii.) que SOLASERVIS S.A.S., tiene facultad de suministrar personal para el cubrimiento de los servicios de las empresas usuarias como la IPS demandada, y éstas podrán dar órdenes, impartir instrucciones a los trabajadores sin que estos adquieran el carácter de empleador, iii) alega que la finalidad exclusiva del contrato de obra o labor fue la prestación del servicio como trabajador en misión en la empresa cliente durante los periodo 1/04/13 al 30/03/14, del 01/04/2014 al 30/03/15 y del 01/04/15 al 24/02/16, iv) que SOLASERVIS S.A.S., y la CLINICA SANTA SOFIA suscribieron el 15 de marzo de 2013, contrato comercial para ejecutar las actividades de colaboración temporal bajo la subordinación de la empresa usuaria, debido al incremento de personal.

Aduce que la terminación del contrato obedeció a la terminación de la obra labor, teniendo en cuenta que fueron contratos laborales autónomos e independientes con diferentes funciones, por lo que considera no hay lugar a dar aplicación al principio



de la primacía de la realidad dado que no fue un contrato verbal, que tampoco es viable el pago de las prestaciones sociales ya que fueron liquidadas al momento de la terminación de la obra o labor, conforme lo estipula el artículo 45 del C.S.T.

En cuanto a la indemnización contenida en el artículo 65 del C.S.T., señaló que la misma compensa los efectos colaterales de la terminación del contrato, pero que para el caso en particular no hay lugar al reconocimiento puesto que el despido tuvo origen en la terminación de la obra o labor contratada.

Finalmente alega que se ratifica en las excepciones de mérito que fueron propuestas con el escrito de respuesta a la inicial.

La codemandada CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO dentro del escrito de alegatos afirmó que la EST SOLASERVIS, obró como único y verdadero empleador del personal a su cargo, encargándose de diseñar, imponer y hacer cumplir el horario, definir lugares de trabajo para la prestación del servicio, que la EST pago al señor Jhon Freddy Caicedo Solis, todas las acreencias laborales como prestaciones sociales y liquidación final conforme a las horas laboradas y reportadas.

Frente al reconocimiento del pago por trabajo suplementario, resalto la postura de la SCL CSJ, de que debe ser de una definitiva claridad y precisión, ya que el fallador no está facultado para hacer cálculos, para deducir un numero probable de horas extras, y que en el caso puntual el actor no logro demostrar el tiempo suplementario supuestamente laborado y adeudado por el empleador.

Respecto de la pretensión de indemnización por despido sin justa causa, ratificó la posición de no acceder a la misma, en razón a que fue el demandante quien terminó el vínculo laboral.

Por lo expuesto, solicita que la sentencia proferida por a quo sea confirmada.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Analizado el acontecer procesal en los términos que enseña los artículos 321 y 322 del Código General del Proceso, aplicable por analogía externa al procedimiento Laboral, resulta oportuno indicar que coexisten los requisitos formales y materiales para decidir de mérito por cuanto la relación jurídico procesal se constituyó de manera regular, en tanto que, tampoco emerge vicio procesal que menoscabe la validez de la actuación porque fueron respetadas las garantías básicas que impone el artículo 29 superior, desarrollado en los principios que gobiernan la especialidad.

2. Competencia de la sala



El artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social restringe las facultades del *ad-quem* a las materias específicamente expuestas por el apelante, es decir, las partes delimitan expresamente los puntos a que se contrae el recurso vertical.

En los alegatos de segunda instancia tanto SOLARSERVIS como la Clínica Santa Sofía insistieron en que no hay lugar a dar aplicación al principio de la primacía de la realidad, y que el verdadero empleador fue Solarservis; sin embargo, precisa la Sala, que la declaración del contrato realidad que hizo el a quo respecto de la Clínica Santa Sofía no fue materia de recurso de apelación por parte de las demandadas, de manera que la segunda instancia no tiene competencia para pronunciarse nuevamente sobre ésta la declaración.

3. Problema jurídico

No es materia de discusión dentro del presente asunto los siguientes hechos: i.) La declaración de la existencia de una relación laboral entre el señor JHON FREDY CAICEDO SOLIS VALLEJO con la sociedad CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., en aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades, teniéndose como solidariamente responsable a la SOLASERVIS SAS, por superar el término contemplado en los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto 24 de 1998, para este tipo de contratación en el lapso comprendido desde el 1 de abril de 2013 hasta el 24 de febrero de 2016.

En vista de lo anterior, y atendiendo a los reparos propuestos dentro del recurso de alzada esta Colegiatura resolverá los siguientes problemas jurídicos: i.) Se analizará ¿si el demandante tiene derecho al pago de la reliquidación horas extras y trabajo suplementarios? ii.) Se estudiaría si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales y si es procedente la indemnización moratoria y por no consignación de cesantías.

4. Tesis

La Sala Confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura en audiencia pública celebrada el treinta (30) de abril de dos mil diecinueve (2019).

5. ARGUMENTOS DE LA DECISIÓN

5.1. Horas extras y trabajo suplementario

El apoderado judicial del actor dentro del recurso propuesto, solicita que se reconozca la reliquidación de las prestaciones sociales teniendo en cuenta las horas extras laboradas según los cuadros de turnos y que presuntamente no fueron liquidadas de manera correcta por la EST SOLASERVIS S.A.S.



En este punto es necesario aclarar que, en cuanto a las pretensiones del pago de horas extras y recargos nocturnos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada ha establecido que la carga de la prueba para demostrar el trabajo suplementario está en cabeza del demandante, pudiendo ser verificada de manera clara, precisa, y no es dable que el operador jurídico se vea obligado hacer cálculos o suposiciones para deducir el número de horas trabajadas.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha establecido en reiteradas ocasiones, que quien tiene la carga probatoria de demostrar la causación de trabajo suplementario y horas extras dentro de la relación de trabajo es el trabajador, por ello en sentencia 45931 del 22 de junio de 2016, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, se señaló: *“Es que en verdad la demanda se exhibe débil e inconsistente, toda vez que si el actor aspiraba a obtener en un juicio laboral, por ejemplo el pago de horas extras, dominicales y festivos y, por ende, el reajuste de sus prestaciones sociales, era menester asumir la carga procesal de indicar, en forma diáfana y cristalina, las razones y soportes de su inconformidad. Las súplicas generales o abstractas, a no dudarlo, lesionan frontalmente los derechos de defensa y contradicción, ya que ponen a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se implora.*

“Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. Lo anterior, brilla por su ausencia.”

6. Caso concreto.

Ahora bien, Sobre el punto de la reliquidación de las prestaciones sociales por el pago de horas, una vez efectuado en el estudio del material probatorio se observa de (ff.19 a 35) los cuadros de turnos donde aparece el nombre del señor JHON FREDY CAICEDO SOLIS VALLEJO, sin que de dicha prueba documental se pueda constatar, por quien fueron emitidos como quiera que no tienen el logo o membrete de las demandas, y tampoco son rubricadas por el coordinador de la EST o la coordinadora de personal de la Clínica usuaria.

De las pruebas testimoniales de la parte demandante, se pudo establecer que el actor laboraba turnos de 8 horas, y uno que denominaban mañana-diez, refiriendo que las jornadas laborales eran de: 6:00 a.m., a 2:00 p.m., de 2:00 p.m., a 10:00 p.m., que cada 2 días cambiaban de turno, que los salarios devengados eran cancelados por EST SOLASERVIS, pero consideran que la EST pago mal las horas extras, recargos y tiempo suplementario, ya que ellos comparaban los desprendibles con los demás compañeros teniendo en cuenta tenían los mismos turnos y horas laboradas, pero nunca coincidían ya que a unos les pagaban más y



otros menos, por lo que de manera verbal presentaron las reclamaciones pero nunca fueron solucionadas, sin que se pueda corroborar tal afirmación.

En este punto, lo primero que se hace necesario resaltar es que mientras el demandante estuvo vinculado con la E.S.T. SOLASERVIS S.A.S., se generó en razón a su fuerza de laboral el pago de horas extras y trabajo suplementario, las cuales fueron pagadas de acuerdo con las prescripciones legales, tal cual se constata en las nóminas aportadas dentro del plenario, por la parte actora y la EST demandada visibles de folios (36 a 40, 149 a 164, y 172 a 182).

Que dentro de los informes de tiempos antes señalados, si bien es cierto, se relacionan algunos turnos, y en los mismos aparece el nombre del demandante, de dicha prueba no se puede establecer, si fueron ordenados por la empresa demandada o autorizados por la misma, mucho menos si estos periodos de tiempo fueron efectivamente trabajados, de la misma manera, los testigos no fueron claros, ni especificaron los turnos y horas que presumen como mal liquidados, como quiera que solo indicaron que el actor siempre trabajo en turnos similares y en el mismo cargo, sin que de ello se pueda concluir que genero a favor del demandante el pago de horas extras que no fueron reconocidas.

Así las cosas, siendo carga probatoria de la parte demandante establecer de manera diáfana el trabajo suplementario y las horas extras efectivamente trabajadas por el accionante, y esta carga no se asume con la sola manifestación en la demanda de las horas trabajadas por el accionante, si no como fue establecido en precedencia, estas deben ser soportadas de tal manera: *“que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”*, por lo que no queda otra salida más que confirmar el fallo recurrido en este punto, y en consecuencia se denegaran las pretensiones de reliquidación de las prestaciones sociales y el pago de indemnizaciones moratorias.

COSTAS

No se condenará en costas en esta instancia, al ser desfavorables los recursos de apelación presentado por los apoderados judiciales de las partes.

DECISIÓN

A mérito de lo anteriormente expuesto, esta Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 025 del 30 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V.), dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por el señor JHON FREDY



CAICEDO SOLIS contra las sociedades CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., y SOLASERVIS S.A.S.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia devuélvanse las actuaciones a los juzgados de origen.

Notifíquese y cúmplase

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrado Ponente

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:
ce71bdf6f08ca703219f44a8b544e2c3a8c5e3ab80318347323e84a84943833c
Documento generado en 25/09/2020 02:35:13 p.m.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-003-2015-00095-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandantes: JOSÉ WILFRIDO QUIÑONES VALENCIA, JOSÉ EZEQUIEL CASIERRA, PORFIRIO VIVEROS PLAZA, WILFRIDO ADVÍNCULA MONDRAGÓN, NELSON ADVÍNCULA MONDRAGÓN, EDGAR BONILLA MOSQUERA, FREDY CACHIMBO VALENCIA, NELSON RAMOS CONGO, ROBINSON ANGULO GARCÍA, DIEGO FERNANDO ESCOBAR CONGO
Demandado: C.I DE AZUCARES Y MIELES S.A – CIAMSA
BULK TRADING DE COLOMBIA LTDA.
Litis consorte necesario: SOCIEDAD DE TRABAJADORES PORTUARIOS S.A.S. – SOTRAPORT S.A.S.-
Asunto: APELACIÓN (sentencia).

AUTO

Se reconoce personería al doctor Juan Fernando Escandón García identificado con cédula de ciudadanía número 80.759.362 y tarjeta profesional de abogado 184.951 del C.S.J, como apoderado judicial de la sociedad C.I. DE AZUCARES Y MIELES S.A. de conformidad con el poder allegado a través de correo electrónico y otorgado por el representante legal de esta sociedad, poder otorgado en fecha anterior a la presentación de los alegatos por traslado del artículo 15 del Decreto 806 de 1994, lo que facultó su presentación en la oportunidad procesal.

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida 18/07/2017 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura, que absolvió de todas las pretensiones a la sociedad demandada.

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 124 - Control Estadístico.

ANTECEDENTES

JOSÉ WILFRIDO QUIÑONES VALENCIA, JOSÉ EZEQUIEL CASIERRA, PORFIRIO VIVEROS PLAZA, WILFRIDO ADVÍNCULA MONDRAGÓN, NELSON ADVÍNCULA MONDRAGÓN, EDGAR BONILLA MOSQUERA, FREDY CACHIMBO VALENCIA, NELSON RAMOS CONGO, ROBINSON ANGULO GARCÍA y DIEGO FERNANDO ESCOBAR CONGO por conducto de apoderado judicial interpusieron *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de C.I DE AZUCARES Y MIELES S.A – CIAMSA y BULK TRADING DE COLOMBIA LTDA., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

Pretensiones encaminadas a la declaratoria del contrato de trabajo alegado como existente entre los demandantes y las sociedades demandadas, en los siguientes extremos:

- JOSÉ WILFRIDO QUIÑONES VALENCIA, JOSÉ EZEQUIEL CASIERRA y PORFIRIO VIVEROS PLAZA desde 01/1/00 hasta la fecha de presentación de la demanda (14/5/15), vínculo que permanece vigente.
- WILFRIDO ADVÍNCULA MONDRAGÓN, NELSON ADVÍNCULA MONDRAGÓN y EDGAR BONILLA MOSQUERA desde 01/1/02 hasta la fecha de presentación de la demanda (14/5/15), vínculo que permanece vigente.
- FREDY CACHIMBO VALENCIA y NELSON RAMOS CONGO desde 01/1/05 hasta la fecha de presentación de la demanda (14/5/15), vínculo que permanece vigente.
- ROBINSON ANGULO GARCÍA desde 01/1/06 hasta la fecha de presentación de la demanda (14/5/15), vínculo que permanece vigente.
- DIEGO FERNANDO ESCOBAR CONGO desde 01/1/07 hasta la fecha de presentación de la demanda (14/5/15), vínculo que permanece vigente.

En cuanto a la demanda (fl 61-76) se presentó como recuento fáctico, en síntesis, que los actores fueron vinculados mediante contratos de trabajo verbal a término indefinido al servicio de la empresa CIAMSA S.A. como estibadores, labores desempeñadas en el llenado y vaciado de contenedores, embalaje y desembalaje, descargue de camiones y arrume de sacos en beneficio de la empresa CIAMSA a través de la empresa BULK TRADING DE COLOMBIA LTDA., teniendo como remuneración pactada la modalidad de destajo, acordándose tarifas en pesos o valores para cada uno de los servicios prestados, en cuantía aproximada al SMMLV de la respectiva anualidad.

Expuso que las anteriores labores siempre se han realizado en instalaciones de CIAMSA, señaló que el objeto social de CIAMSA es prestar toda clase de servicios portuarios, llenado y vaciado de contenedores, embalaje y reembalaje, recibo, cargue y descargue de productos, manejo de carga terrestre, almacenamiento entre otros y BULK TRADING DE COLOMBIA LTDA. tiene entre las actividades contempladas en el objeto social las siguientes: el ensaque de productos a granel, cargue y descargue de motonave y prestar servicio de operador portuario, de consolidación y desconsolidación de contenedores, que a diferencia de CIAMSA, esta empresa no es propietaria de las instalaciones como tampoco de las bodegas, cobertizos, herramientas, maquinarias y equipos, se dedica a suministrar personal. Señalan que siempre han trabajado bajo las órdenes, subordinación y supervisión de CIAMSA, y eventualmente por parte de algún empleado de BULK TRADING DE COLOMBIA LTDA.

Consideran que mantuvieron vinculación con CIAMSA a través de BULK TRADING DE COLOMBIA LTDA. hasta el 31/10/14 y a partir del 10/11/14 continuaron en CIAMSA a través de SOTRAPORT S.A.S.; que de enero de 1998 y del año 2000, hasta octubre de 2012 la jornada laboral era de lunes a viernes de 08:00 a 12.00 y de 14:00 hasta las 21:00 o 22:00; y los sábados de 8:00 a 12:00, y a partir de noviembre de 2012 y hasta la fecha laboran en dos turnos, el primero de 08:00 a 14:00 y el segundo de 14:00 a las 22:00.

Que el 20/10/14 el señor JAVIER MORENO ARIZALA empleado de BULK TRADING COLOMBIA LTDA., les comunicó verbalmente que trabajarían con su empresa hasta el 30/10/14, e indican que dicha sociedad pagaba un salario integral mediante el cual cancelaba quincenalmente lo correspondiente a cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, primas, subsidio el transporte, seguridad social todo con el ingreso o cuantía de un salario mínimo o menos, que dicha sociedad actuó como simple intermediario de la empresa CIAMSA quien era el directo beneficiario de los servicios, que el aporte pensional lo efectuaba en muchas ocasiones por un valor inferior al salario mínimo, y que las semanas cotizadas son inferiores a las que deberían tener. Precisa que BULK TRADING DE COLOMBIA LTDA., el 27/10/05, efectuó conciliaciones laborales con los actores donde desconoce derechos salariales y prestacionales. Indica que en el año 2011 se constituyeron las empresas SOTRAPORT S.A.S. y SOPRESBUN S.A.S.

Concluyen indicando que BULK TRADING DE COLOMBIA LTDA., nunca les reconoció descanso remunerado obligatorio y la dotación de uniformes sólo se empezó a reconocer a partir del año 2012, y que al 01/11/14 continúan laborando al servicio de CIAMSA en las mismas instalaciones, haciendo las mismas tareas, pero a través de la empresa SOTRAPORT S.A.S.

Fundado en lo anterior, solicitaron la declaratoria del contrato de trabajo, el pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, compensación en dinero de vacaciones no disfrutadas, dominicales, aportes al sistema de seguridad social y parafiscales, indemnización artículo 65 CST y la formalización de la relación laboral.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura, mediante sentencia del 26 de julio de 2017, declaró probada la excepción de compensación respecto al actor Escobar Congo (Diego Fernando), declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto a intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones causadas con anterioridad al 14/05/12 y la existencia del contrato de trabajo entre los demandantes y las demandadas CIAMSA, BULK TRADING DE COLOMBIA LTDA. y SOTRAPORT S.A.S. bajo contrato a término indefinido, con fechas de inicio: para Wilfrido Quiñones Valencia, José Ezequiel Casierra y Nelson Advíncula Mondragón, el 1/11/14; Porfirio Viveros Plaza, el 15/08/09; Wilfrido Advíncula Mondragón, el 13/9/11; Edgar Bonilla Mosquera, el 1/4/09; Robinson Angulo García, el 1/6/11 y Diego Fernando Escobar Congo a partir del 10/5/13, condenó a las citadas demandadas al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones, absolvió de las demás pretensiones, al haber tenido por supuesto que los demandantes prestaron sus servicios personales como estibadores vinculados a CIAMSA por medio de Bulk Trading de Colombia Ltda., que desde la fecha de ingreso

de cada uno de ellos de manera ininterrumpida hasta el 2014 y en la actualidad trabajan con otra sociedad, que cumplían un horario establecido por CIAMSA y que esta última era quien impartía las órdenes, instrucciones a los demandantes y por tanto al darse aplicación a la presunción al artículo 24 CST bajo el entendido que el cumplimiento de la prestación personal del servicio de los demandantes como estibadores con completa subordinación de CIAMSA, que eran remunerados dependiendo de la cantidad de carga movilizada, en donde se cumplía con los supuestos derechos seguidos por el artículo 38 del CST bajo la modalidad de un contrato de trabajo a término indefinido y asignación por el salario mínimo vigente.

Indicó la a quo que la tacha planteada por CIAMSA para los testigos no se logró probar al no quedar soportado que existiera por los deponentes demanda en contra de las encausadas, cargas probatorias que le correspondía para sustentar a quien presentaba la tacha.

Sobre las pretensiones señaló en relación con el tiempo extraordinario o en domingos y festivos que la simple manifestación no conlleva condena alguna, si los trabajadores deseaban que se pagarán estos emolumentos debían demostrar que efectivamente los laboraron, lo cual no se logra haciendo cuentas de los días o las horas supuestamente elaboradas con calendario sino acreditando efectivamente de manera clara y concisa en qué fecha y hora en particular se encontraban en servicio activo. Sobre la excepción de prescripción indicó que algunos derechos laborales solicitados se han visto afectados y los cuáles son los causados con anterioridad al 14 de mayo de 2012 atendiendo que la demanda fue presentada el 14 de mayo de 2015, excepto el auxilio de cesantía por no encontrarse prueba de la consignación de esta prestación social que por tanto corresponde a las demandadas solidariamente efectuar la consignación a un fondo de cesantías.

En relación a indemnización moratoria del artículo 65 CST indicó que esa indemnización procede a la terminación del contrato de trabajo y como quiera que se demostró que la relación laboral aún persistía a la fecha de presentación de la demanda se absolvió a las demandadas, así como del pago de aportes a la seguridad social por cuanto no se demostró que se hubieren realizado aportes por menor valor y al no existir elementos de juicio sobre este particular que indiquen incumplimiento en la obligación legal de realizar el aporte al sistema de seguridad social en pensiones en el porcentaje de ley y respecto del salario devengado, teniendo finalmente por probada la excepción de compensación aceptada por el trabajador demandante en virtud del acta de conciliación folios 119 y 120 y el comprobante de consignación folio 121.

RECURSO APELACIÓN PARTE ACTORA

Manifestó que los extremos están debidamente soportados, las pruebas y declaraciones, los cuales inician, como aparecen en la demanda, sin solución de continuidad hasta la fecha, que en octubre de 2014 cambió el intermediario más el vínculo con la empresa CIAMSA continúa a través de SOTRAPORT. Señala que se reclama, no el pago por trabajar en dominicales, sino el pago de descanso semanal obligatorio (domingo y feriados), que son aproximadamente 70 días anuales.

Indica que las condenas se han pasado después del año 2014 cuando empieza la relación con el intermediario SOTRAPORT de lo cual señala que es a partir de esa

fecha que la empresa CIAMSA corrigió prácticamente toda la situación y a partir de allí su intermediario SOTRAPORT empezó a cumplir en lo que tiene que ver con afiliación a seguridad social, pago de pensiones, disfrute de vacaciones, de tal manera que condenar en vacaciones, primas, se ha estado satisfaciendo esa prestación más no en los periodos anteriores al año 2014, para lo cual pone de presente los volantes de cada uno de ellos que suministraba Bulk Trading, señala que su representante legal confesó que jamás los afilió a fondo de cesantías, de pensiones y a ninguna empresa de salud, que fue el mismo despacho que vínculo a SOTRAPORT, sociedad frente a la cual manifiesta que no se tiene ninguna demanda, solo de 2014 hacia atrás para CIAMSA y Bulk Trading (min 41:40).

APELACIÓN CIAMSA S.A.

Concuerda con la postura de la parte actora en que nunca se ha discutido el período a partir del año de 2014 y debería dejarse por fuera de controversia esos puntos, pues la sentencia no tiene facultad para determinar fechas de entrada y salida diferentes a la demanda, pues cada uno de los trabajadores tiene una fecha de entrada específica y no se puede decir que ellos estén operando desde el año 2014, allí reseñó los testimonios, indicando que la contestación de SOTRAPORT la compromete a ella pero no a los demás. Que el señor Julio Hurtado indicó que todos entraron en el año 2000; los señores Valencia y Congo ingresaron en el 2000, los otros en el 2005, sin que exista unidad frente a lo planteado en la demanda.

El testimonio de Sofonías Vivero dice que todos trabajaron desde 2000, la demanda dice que el señor Quiñones, Casierra y Viveros empezaron a trabajar el primero del año de 2000, el señor Advíncula y Bonilla en el 2002, Cachimbo y Ramos en el 2005, Angulo en el 2005 y Diego Fernando en el 2007, son fechas completamente diferentes, sin consonancia ni concordancia entre la demanda y la sentencia.

Señala que la tacha no fue aceptada justificando testimonios coherentes y contestes, pero está completamente probado que los testigos si son demandantes de CIAMSA, la confesión de parte es prueba reina indestructible en este punto, Julio Hurtado dijo: "demandamos a CIAMSA en un proceso idéntico éramos 23 los que servimos de testigos en un proceso y los otros servimos de testigos en este otro proceso", está diciendo que todos son los mismos demandantes con el mismo apoderado y con las mismas pretensiones, lo que considera debilita su testimonio; quienes no concuerdan en quién les daba órdenes, señalaron a supervisores de los contratistas, otros que eran otros señores de CIAMSA, órdenes que por ejemplo eran: "arrume aquí, cargue descargue de camión", lo que considera no son órdenes de trabajo sino instrucciones para cumplir con el trabajo, que es completamente distinto, señala que los testigos no tienen concordancia en las jornadas laborales establecidas ya que indicaron que empezaban a las 7:00 a.m., que no tenían hora de salida, son testigos divergentes, si aceptan que labor consistía en cargue-descargue de camiones, dicha labor era pagada por los camioneros o dueños de la carga que no son de propiedad de CIAMSA, ya que el objeto de esta es el alquiler de bodega mientras se nacionaliza la mercancía o mientras se hacen los trámites de exportación, para lo cual resalta el hecho 17, por tanto dice que su representada no es la verdadera beneficiaria, pues no eran los dueños de las materias primas, indicó que el trabajo no era continuado debido a cierre de carreteras, al factor climático y el orden público, por tanto ese trabajo de carga y descarga de camiones es el que prima.

Señala que por su poderdante no se impartían órdenes, simplemente instrucciones de trabajo. Que SOTRAPORT cancela a los actores todos los factores prestacionales y los tienen completamente afiliados a la seguridad social, sin ninguna objeción, lo que contradice la sentencia emitida. Concluye indicando que CIAMSA no hace intermediación laboral con otras empresas, ya que para que exista la intermediación debe haber un aviso del intermediario a los trabajadores, lo que jamás se ha probado, que la actividad de CIAMSA es la comercialización de azúcares y mieles para mercados externos, labor que desarrolla en la mesa del azúcar en Cali y que Bulk Trading está dedicado en forma autónoma, independiente, con sus propios medios a realizar labores de apoyo en un proceso de cargue y descargue de mercancía (min. 47:08).

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegado el proceso a esta instancia, fue admitido; y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, se procedió a correr traslado a las partes para presentar sus alegatos. Vencido el mismo, la convocada por pasiva CIAMSA S.A. a través de apoderado legitimado por el poder allegado, expresó que esta sociedad no ejerció actos de subordinación para los demandantes, estos que estuvieron a cargo de Bulk Trading de Colombia Ltda. y quien les impartió órdenes sin confundir en ello la necesaria coordinación con la representada, distinción amparada en pronunciamientos citados en Casación Laboral, además de la inexistencia de pagos por parte de CIAMSA S.A., que el a quo no podía variar los extremos temporales alegados en la demanda y que los testimonios presentados no son coherentes frente a la jornada laboral o fechas de la alegada vinculación, quienes también son demandantes, por demás que el cargue y descargue era cancelada por las propietario de la carga, sociedad representada que únicamente alquila las bodegas para mercancía en nacionalización o exportación mientras que Bulk Trading de Colombia, a diferencia de CIAMSA S.A., si tiene por modalidad el apoyo en cargue y descargue la que legalmente contrató a los actores, para finalizar indicando los criterios de contratación con empresas temporales.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico versa sobre la existencia de una relación entre los accionantes y las demandadas en los términos previstos por el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, en cuanto analizar si se demostró la subordinación y prestación del servicio de los accionantes alegando ser trabajadores de CIAMSA S.A.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 53 Constitucional consagra la "primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales", del cual sea verificable el cumplimiento de los parámetros señalados en el artículo 23 del CST, que corresponden a una prestación personal del servicio, subordinación y salario, anotándose además que en aplicación de la presunción legal consagrada en el artículo 24 *ibidem*, solo basta con demostrar la prestación personal del servicio para presumir el vínculo de carácter laboral, ya que la subordinación y el salario son sus consecuentes, generando la inversión de la carga probatoria (Sentencia Cas. Lab. CSJ SL Rad. 22259 de 2004). No obstante, aun en tal situación, la prosperidad de las pretensiones es la respuesta al deber de

demostrar la prestación personal del servicio en beneficio de CIAMSA S.A., carga probatoria que recae exclusivamente en los convocantes, acreditando los extremos de la relación laboral.

En el caso, se encuentra en la documental aportada (actores y demandada): certificados de existencia y representación legal de las demandadas principales (fl.27 a 33 y 34-36), acta de conciliación por Bulk Trading de Colombia Ltda., la que se mencionara como Bulk Trading, del 27/10/05 (fl. 37-38), copia de nómina de Bulk Trading (fl. 39), contrato labor entre Washington Urquiza Cuero y Bulk Trading (fl. 40), solicitud activación de la Sociedad de Trabajadores Portuarios SAS a CIAMSA (fl.41-42), comprobante de egreso del 15/05/14 denominado pago nomina CIAMSA expedido por Bulk Trading (fl. 43), petición de cambio de horario (fl. 44-45), desprendibles de pago de Diego Fernando Escobar Congo, Robinson Angulo García, Fredy Cachimbo Valencia, Wilfrido Advíncula Mondragón, Porfirio Viveros Plaza, Edgar Bonilla Mosquera, Luis Alberto Quiñones Cabezas (fls. 46-51), parámetros generales para la liquidación de salarios y prestaciones sociales (fl. 52), actas de conciliación Fredy Cachimbo, Nelson Ramos y Diego Fernando Escobar (fl. 108-112 y 119-121).

Pruebas referenciadas que dan cuenta de la prestación del servicio como estibadores inicialmente con Bulk Trading, no obstante de los documentos no se evidencia conexión con CIAMSA, pero si el pago por jornales conforme desprendibles de pago (fl. 108-112 y 119-121). Tampoco se logra establecer con certeza los extremos temporales aducidos por los actores, aun menos con CIAMSA demandada principal y de la cual se predica ser beneficiaria del servicio prestado por intermedio de SOTRAPORT SAS hasta la actualidad, parte que si bien fue integrada en el proceso como litisconsorte necesaria, no aporta prueba de la labor ejercida y forma de vinculación de los actores.

Por otra parte no se establece con certeza la aludida relación entre CIAMSA y Bulk Trading, del objeto social de las mismas (fls. 27-33 y 34-36), evidencia relaciones comerciales conexas, tales como "16. *Prestar toda clase de servicios portuarios tales como, pero sin limitarse a ellos, recibo, cargue, descargue, embarque y desembarque de productos, manejo de carga marítima, carga general, general contenerizada, granel sólido, granel líquido, manejo de carga terrestre, almacenamiento, alquiler de equipos y suministro de aparejos, trimado, trincado, tarja, manejo y reubicación, reconocimiento, llenado y vaciado de contenedores, embalaje y reembalaje, pesaje, cubicaje, marcación y rotulación, reconocimiento e inspección, clasificación y toma de muestras, reconocimiento y clasificación, e igualmente construir y/o adquirir los equipos, obras y facilidades portuarias necesarios para tales fines.*" y por parte de Bulk Trading: "1) *El ensaque de productos al granel, cargue y descargue de motonaves, y 4) prestar servicios directamente o por terceros de transporte terrestre, de carga y de contenedores*", objetos comerciales que permiten establecer una similitud comercial en el manejo y distribución de mercancías en el área portuaria, situación que los interrogatorios de parte practicados y prueba testimonial recaudada logran esclarecer.

Del interrogatorio al representante Legal de CIAMSA señor Gerardo Porrás Gutiérrez (min. 16:55), señaló que la bodega denominada CIAMSA 2 es propiedad de su representada junto a los equipos allí ubicados, del interrogatorio al representante Legal Bulk Trading señor Edgardo William Quiñonez Villota (min. 20:20), establece que los actores fueron contratados para realizar actividades con CIAMSA, en las

bodegas de esta, como personal de cargue o descargue de mercancías, pactándose pago por jornal, el señor JOSÉ WILFRIDO QUIÑONES VALENCIA (MIN 27:10), señaló que trabaja para CIAMSA contratado por Bulk Trading ahora por SOTRAPORT en labor de cargue y descargue, recibiendo órdenes de la señora Betty jefe de bodega y de Luz amparo y Jessi Angulo supervisores, de quienes afirma pertenecen a CIAMSA, quienes establecen los horarios de entrada y salida y las funciones a desempeñar, declaración que coincide con lo expresado por PORFIRIO VIVEROS PLAZA (min 50:03), NELSON ADVÍNCULA MONDRAGÓN (min 1:03:24), DIEGO FERNANDO ESCOBAR CONGO (1:10:20), indicando a su vez que las tarifas implementadas para su labor eran establecidas por CIAMSA y CONFECAR.

Coinciden las declaraciones en señalar que las mercancías que se manejaban en el descargue eran de azúcar y granos no en indicar de quien era la carga manejada, ya que señalaron ser propiedad de diversos comercializadores externos y alguna de CIAMSA. Las declaraciones de WILFRIDO ADVÍNCULA MONDRAGÓN (min 57:34), y EDGAR BONILLA MOSQUERA (min 1:14:41) coinciden en indicar que Bulk Trading no contaba con personal en bodega y que el pago a los mismos se realizaba por medio de Bulk Trading, en especial y directamente por el señor Nieto, en quien coinciden referirse como dueño de esta sociedad, con sumas enviadas directamente por CIAMSA.

SOFONÍAS VIVEROS (Min. 10:00) cuenta que la labor de estibador es desembalar y embalar contenedores, labor que se ejerce en la bodega CIAMSA 2, la cual está ubicada fuera del muelle marítimo, que en tal bodega hay trabajadores de CIAMSA como la señora Betty, Eduardo Ortiz y Uber (bodeguero) quienes impartieron órdenes hasta 2014 y que allí entraron con Sotraport. Que los hoy demandantes no han hecho reclamación alguna a CIAMSA por prestaciones sociales. Que existía un horario de 7:00 am a 8:00 p.m., ahora 2 turnos de 7:00 a 12:00 m y de 12:00 a 6:00 pm, con unos ingresos de \$700.000 en promedio pagados por SOTRAPORT en la actualidad.

JOAQUÍN VALENCIA CONGO (Min. 31:20) expresó que CIAMSA es dueño del producto, pero lo comercializan por medio de Barragán y Pabón. Que el salario es por tajo, que no es fijo y se calcula por tonelada cargada o descargada. Que todos los días tenían que estar en la bodega de CIAMSA 2, así no hubiese mercancía.

JULIO HURTADO HURTADO (59:36): Señala que la señora Betty era la bodeguera, que el señor Leonardo, Eduardo, Uber y la señora Amparo eran las personas que impartían las directrices al interior de la bodega de CIAMSA 2, que la contratación fue verbal y que solo había un oficial que era el que recopilaba los datos, perteneciente a Bulk Trading.

JHON JAIRO CASTRO BALANTA (1:21:00) no aportó elemento alguno de su dicho ya que este funge como presidente del sindicato fuera de las instalaciones de CIAMSA 2.

ADOLFO ARAUJO (1:27:33) ingeniero mecánico, quien trabaja para CIAMSA señaló que en la bodega CIAMSA 2 hay un espacio de almacenamiento despacho y nacionalización a clientes, que los inventarios son de los clientes importadores no de CIAMSA. Que Bulk Trading es la compañía con la que se hace el manejo de mercancía. Que la bodega ha tenido administradores y quienes tienen unas personas que le colaboran como bodegueros los cuales pertenecen a CIAMSA. Señala que los servicios facturados por esta son por tonelada movilizada, que el servicio de

embalaje es un servicio que se encuentra entre el paquete de servicios que presta CIAMSA, distingue que el cargue y descargue no lo son porque eso lo manejan con los contratistas por lo cual señala que el servicio es el retiro de contenedor, desembalaje y recibo de mercancía y que la relación con los estibadores se hace con los coordinadores de campo, los que asignan las funciones por medio de contratistas, testimonio que concuerda con el de WILLIAM HUMBERTO CARDONA RESTREPO (1:51:10) quien señaló que en CIAMSA 2, el servicio de cargue y descargue se contrata por prestadores de externos quienes por medio de los supervisores dan las órdenes a los estibadores y programan el personal y que allí hay empleados de CIAMSA como el coordinador del depósito como la señora Betty indicando que el servicio no se presta todos los días ya que en oportunidades se cierra, depende el volumen de mercancía existente y finalmente JOSÉ FERNANDO LÓPEZ GALEANO jefe de seguridad de CIAMSA quien narro que hace 17 años es responsable de sus dos bodegas y concuerda en que el trabajo se interrumpe en ocasiones por factores externos como el estado de las vías y el clima entre otros.

Por lo anterior se logra establecer que los hoy demandantes prestaron sus servicios la bodega CIAMSA 2 de propiedad de la demandada CIAMSA, en labor de cargue y descargue de mercancía y en ocasiones de embalaje y desembalaje, actividad comercial relacionada en el objeto social de las demandadas y que no distingue en su desarrollo actividades propias de una u otra. Que la citada bodega se encontraba administrada por la señora Betty Ayala como bodeguera o administradora, el señor Uber Vivas auxiliar de bodega y Eduardo Valencia entre otros, quienes fueron reconocidos por los deponentes WILLIAM HUMBERTO CARDONA RESTREPO y JOSÉ FERNANDO LÓPEZ GALEANO como trabajadores de CIAMSA, personas encargadas de dar órdenes en relación al horario de entrada y salida del personal que laboraba allí e instrucciones relacionadas con el manejo de mercancías, situación que permite establecer la conexión existente entre los hoy actores con la demandada CIAMSA por intermedio de Bulk Trading de Colombia S.A., y allí la señora Ayala como la persona encargada del personal, ya que se extrae que del personal presente en la Bodega CIAMSA 2 tan solo había un oficial que era el que recopilaba los datos, perteneciente a Bulk Trading.

Adicionalmente se logra establecer que la labor fue ejercida de forma continua y que tan solo factores externos como el clima o el estado de las vías impedía el desarrollo normal de la actividad, pues si bien se indicó que en oportunidades no había mercancías que cargar o descargar, los actores debían estar en la bodega a disposición de las demandadas, situación que no tergiversa la concepción de actividad personal y continúa pretendida por la parte actora.

Teniendo en cuenta que uno de los puntos principales del recurso de alzada presentado por el apoderado de CIAMSA, es la valoración de la testimonial recaudada, ha de indicarse que de la misma no se logran establecer situaciones extrañas a la de una relación de carácter laboral entre los actores y las hoy demandadas, pues si bien no se estableció un horario específico y una remuneración en concreto, bajo coherencia entre los mismos y los testimonios solicitados por la parte vencida que la labor de cargue y descargue fue en instalaciones de CIAMSA y es contemplada dentro de su objeto social, sociedad que al no lograr desvirtuar la aseveración de la realidad contractual existente con los actores, tampoco que habría su participación era como simple depositario de mercancía, se atiende a la consecuencia procesal de tener a esta como parte contratante y subordinante, ya que si bien se señala que la actividad de CIAMSA es la comercialización de azúcares

y mieles para mercados externos, dentro de la misma actividad de comercialización, se encuentra el bodegaje de mercancías, dicha actividad que hace parte de su objeto comercial en el que es necesario tal acopio, en este caso por labor humana de cargue y descargue, con mayor razón si ocurre dentro de sus locales o bodegas.

Por lo anterior frente al recurso de apelación presentado por CIAMSA S.A., la declaratoria de contrato de trabajo no puede concluirse como desvirtuada, punto en que se confirmará lo establecido por la a quo.

Ahora bien, bajo la relación contractual existente, sobre los puntos de discrepancia establecidos por la parte actora, en relación a la pretensión "*f) el descanso semanal obligatorio remunerado correspondiente a la vigencia del contrato de trabajo*" que se indica fue desatendida por la a quo al relacionarla con la declaratoria de horas extras dominicales, ha de indicarse que el pago del descanso dominical (artículo 173 del CST) surge de haber trabajado la semana completa, o proporcional a los días trabajados, el que se entiende incorporado en el salario (Núm. 2 Artículo 174 CST), en el presente caso la parte actora debía demostrar la prestación del servicio efectivo determinando específicamente los días laborados, ya que la prueba debe ser de clara y precisa, que no implique suposiciones para deducir un número probable cuando se reclama con fines remuneratorios, luego la labor para los dominicales y feriados debe demostrarse, en conjunto, que la demandada no haya dado curso al numeral 1 del artículo 175 del CST, permitiendo el descanso remunerado en otro día de la semana, como tampoco su habitualidad o cambio a días sábados.

No obstante al no existir certeza en demostrar que los dominicales hubiesen sido laborados en forma habitual o esporádica, es de suyo que cuando se alega suma adeudada bajo el artículo 177 y 179 del CST, dada las variables que en su tasación se incorporan, es necesario demostrar la labor del actor en la semana anterior y subsiguiente respectivamente conforme artículo 167 del CGP (artículo 145 CPTS), se aclara que los testigos no mencionaron en concreto los compensatorios ni tampoco festivos o más allá de la jornada ordinaria, razón por la cual no es posible proferir la condena pretendida; lo anterior también como se orientó por la Honorable Corte Suprema de Justicia en Casación Laboral en sentencia bajo radicado 13678 de 2000.

En relación a la imposición de condena a SOTRAPORT S.A.S. y sobre periodos posteriores a 2014 de las cuales la parte actora y CIAMSA S.A. señalan no estar contenidas en el escrito inicial, esta Sala concuerda, en efecto no puede existir condena cuando sobre tal rango no hay petitum, aunado a lo aclarado en el recurso por la actora que desde la entrada en actividad de SOTRAPORT no se menciona mora en obligación por pago de prestaciones sociales, intereses a las cesantías y vacaciones, salvo lo antes resuelto, esto es la relación de trabajo subordinada establecida del interrogatorio de parte practicado a los actores y del dicho de los demás declarantes.

Por tanto, se considera que si bien a la entrada en actividad por la citada sociedad, conforme el hecho 33 para el 1 de noviembre de 2014, se absolverá de condena de pago sobre el numeral 4 de la sentencia apelada a los demandados, por los actores a quienes se tuvo como extremo inicial el 10/11/14 que corresponden a: José Wilfrido Quiñones Valencia, José Ezequiel Casierra y Nelson Advíncula Mondragón.

Respecto de los trabajadores con contrato declarado en fecha anterior, respectivamente: Porfirio Viveros Plaza a partir del 15 de agosto de 2009, Wilfrido Advíncula Mondragón a partir del 13 de septiembre de 2011, Edgar Bonilla Mosquera a partir del 1 de abril de 2009, Robinson Angulo García a partir del 1 de junio de 2011 y Diego Fernando Escobar a partir del 1 de mayo de 2013, las condenas proferidas deben calcularse desde el corte de prescripción indicada por la a quo, lo que no afecta el auxilio de cesantías, al persistir el deber de pago de su saldo, pero que será a través de la respectiva consignación en el fondo administrador, desde el inicio del contrato de trabajo y hasta el año 2014, bajo el entendido que desde el 31 de octubre de 2014 se pagaron por SOTRAPORT, sin perjuicio de las obligaciones del empleador que se mantiene en CIAMSA S.A., como los contratos de trabajo se indican vigentes, se deberá acumular frente a vacaciones, el tiempo de servicio sin incidencia de prescripción al momento de reconocer su disfrute o compensación en dinero, corregidas las operaciones de liquidación, en la modificación del numeral 4 de la sentencia apelada, por el concepto allí indicado y no prescrito, las condenas resultan en el siguiente orden:

Demandante	Auxilio de Cesantías	Interés Cesantías	Prima Servicios	Vacaciones: Sin perjuicio del tiempo posterior al 1 de noviembre de 2014, se deberá adicionar al disfrute o compensación de vacaciones, por el respectivo salario vigente, el tiempo acumulado del:
José Wilfrido Quiñones Valencia				Se absuelve, el contrato declarado (10/11/14) es posterior a la fecha que se indica iniciaron pagos por SOTRASNPOR (1/11/14).
José Ezequiel Casierra				
Nelson Advíncula Mondragón				
Porfirio Viveros Plazas	\$ 3.231.251	\$212.673	\$1.867.833	16/08/10 al 31/10/14.
Wilfrido Advíncula Mondragón	\$2.047.593	\$212.673	\$1.867.833	13/09/11 al 31/10/14.
Edgar Bonilla Mosquera	\$3.460.683	\$212.673	\$1.867.833	01/04/11 al 31/10/14.
Robinson Angulo García	\$2.217.367	\$212.673	\$1.867.833	01/06/11 al 31/10/14.
Diego Fernando Escobar Congo	\$1.013.333 (Del 01/05/13 al 31/10/14)	\$92.533	\$1.013.333	01/05/2013 al 31/10/2014. Se mantiene la compensación reconocida por la a quo por \$2.000.000, que será restada a las condenas por este demandante.

Finalmente debe indicarse que la apelación por la parte actora insiste que el extremo inicial corresponde al indicado en la demanda, que data del 1/01/2000, sin embargo, como fue expuesto y para tal calenda, de la documental no se podía fijar la certeza en torno al empleador reclamado y de los testimonios de acuerdo con un criterio de certeza no es posible una determinación en tal sentido.

COSTAS

Sin condena en costas dado el resultado de los recursos.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado - artículo 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 26 de julio de 2017, proferida por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura, en donde los demandantes fueron JOSÉ WILFRIDO QUIÑONES VALENCIA, JOSÉ EZEQUIEL CASIERRA, PORFIRIO VIVEROS PLAZA, WILFRIDO ADVÍNCULA MONDRAGÓN, NELSON ADVÍNCULA MONDRAGÓN, EDGAR BONILLA MOSQUERA, FREDY CACHIMBO VALENCIA, NELSON RAMOS CONGO, ROBINSON ANGULO GARCÍA y DIEGO FERNANDO ESCOBAR CONGO y demandadas C.I DE AZUCARES Y MIELES S.A - CIAMSA, BULK TRADING DE COLOMBIA LTDA. y Litis consorte necesario SOCIEDAD DE TRABAJADORES PORTUARIOS S.A.S. -SOTRAPORT S.A.S.-, en el sentido que las condenas indicadas en el numeral 4º de la sentencia apelada, se limitaran a las siguientes personas, conceptos y cuantías:

Demandante	Auxilio de Cesantías - consignar al fondo administrador	Interés Cesantías	Prima Servicios	Vacaciones: Sin perjuicio del tiempo posterior al 1 de noviembre de 2014, se deberá adicionar el siguiente tiempo acumulado al disfrute o compensación en dinero, por el respectivo salario vigente a su disfrute o pago, así:
Porfirio Viveros Plazas	\$3.231.251 (Del 15/08/09 al 31/10/14)	\$212.673	\$1.867.833	16/08/2010 al 31/10/2014.
Wilfrido Advíncula Mondragón	\$2.047.593 (Del 13/09/11 al 31/10/14)	\$212.673	\$1.867.833	13/09/2011 al 31/10/2014.
Edgar Bonilla Mosquera	\$3.460.683 (Del 1/04/09 al 31/10/14)	\$212.673	\$1.867.833	01/04/2011 al 31/10/2014.
Robinson Angulo García	\$2.217.367 (Del 01/06/11 al 31/10/14)	\$212.673	\$1.867.833	01/06/2011 al 31/10/2014.
Diego Fernando Escobar Congo	\$1.013.333 (Del 01/05/13 al 31/10/14)	\$92.533	\$1.013.333	01/05/2013 al 31/10/2014. Se mantiene la compensación reconocida por la a quo por \$2.000.000, que será restada a las condenas por este demandante.

SEGUNDO: ABSOLVER da todas y cada una de las pretensiones objeto de condena en contra de SOTRAPORT SAS.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás, por lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: SIN CONDENAS en costas, conforme lo indicado.

Con efecto para el auto anterior y la presente sentencia,

Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 004 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga**

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

Código de verificación:

**1f9568d182c9cf97aa70f74d7dd48bd03ffe141cde25935875c91448851a14
29**

Documento generado en 25/09/2020 02:08:29 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-622-31-05-001-2016-00150-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JAIME DE JESÚS PATIÑO RODRÍGUEZ
Demandado: SERVITECA LOS LAGOS
Asunto: Consulta sentencia.

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, proceden a desatar el grado jurisdiccional de la consulta respecto de la Sentencia proferida el 19 de julio de 2018 -(9.07.18)-, por el -Juzgado Laboral del Circuito de Roldanillo-.

ANTECEDENTES

El señor JAIME DE JESÚS PATIÑO RODRÍGUEZ por conducto de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de MARÍA LUCERO RÍOS PIEDRAHITA, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Laboral del Circuito de Roldanillo.

Pretensiones que se encuentran encaminadas a la declaratoria del contrato de trabajo y pago de auxilio de cesantías, prima de servicios, vacaciones e intereses a las cesantías del 1.5.03 al 15.9.13, así como dotación e indemnizaciones de los

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 125 - Control Estadística.

artículos 64 y 65 del CST y aportes al SGSS (fl.3-7, 27-28); conforme demanda subsanada al aclarar que la vinculada es la persona natural propietaria del establecimiento de comercio Serviteca Los Lagos.

Pretensiones que se fundamentan, en síntesis, en exponer que entre el actor y la demandada se suscribió un contrato de trabajo el 1.5.03, con el cargo de vigilante y oficios varios, con salario de \$282.000, vigente hasta el 15.9.13 y a quien nunca se le canceló el SMMLV; actividad desarrollada bajo las órdenes del empleador en horario de 6:00 p.m. a las 10:00 a.m., sin que se realizara el pago de las acreencias pretendidas y bajo reclamación presentada por el actor.

La anterior demanda, una vez subsanada, fue admitida mediante auto del 5.12.16 (fl. 29), la que notificada a través de curador ad litem el 3.8.17 (fl. 48) se tuvo por no contestada en auto del 29.8.17.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Laboral del Circuito de Roldanillo, en sentencia del 19.7.18, no accedió a las pretensiones impetradas por el actor, al considerar que no era posible predicar los presupuestos indicativos de la presunción del artículo 24 del CST, dado la multiplicidad de personas que fueron administradores de la Serviteca Los Lagos, en donde la demandada solo aparece inscrita como comerciante el 17.9.13, sin que el actor tenga clara las fechas en que laboró con otras personas y quien no pudo mencionar cuándo prestó servicios a personas diferentes de la demandada. En el mismo sentido aseveró que los testigos no permitieron inferir la certeza sobre el empleador, tanto por ser clientes ocasionales y no poder determinar el tiempo en que visitaron el establecimiento (min. 1:15:00 y sig.).

Al ser la sentencia absolutoria, sin apelación en nombre de quien alega la condición de trabajador, el presente asunto se conoce en virtud del grado jurisdiccional de consulta -artículo 69 del CPTSS-.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegado el proceso a esta instancia, fue admitido; y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, se procedió a correr traslado a las partes para presentar sus alegatos. Vencido el mismo, no se presentaron alegatos.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico conlleva a resolver sobre la declaratoria del contrato de trabajo en atención a lo dispuesto en los artículos 22 a 24 del CST, y la fijación de la persona que debe considerarse como empleador del actor, dada la distinción entre este y sus representantes en términos del contrato de trabajo.

En relación a los conflictos sobre existencia del contrato de trabajo debe tenerse en cuenta que este se configura en virtud de los elementos indicados en el numeral 1º del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y atendiendo el artículo 53 de la Constitución Política, numeral 2º del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y 43 del mismo estatuto como normas que privilegian la primacía de la realidad, conjunto en que el artículo 24 ibidem consagra una disposición protectora del trabajo, como es privilegiar la realidad de la ejecución de la labor y la presunción acerca de la subordinación, por tanto la ineficacia de cualquier documento que atente contra los mínimos del derecho y garantías, en concordancia a lo indicado en casación laboral, entre otras en sentencia SL6621-2017.

En relación con la determinación de la prestación del servicio personal, del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia al artículo 22 del precitado deber ser continua; se establece que aquella requiere ser identificada en el tiempo o dentro de tramos ciertos, aun si fueran varios, pero es necesario que al interior de cada extremo temporal se logre evidenciar su continuidad, para que, sea por la prueba directa de la subordinación o su presunción no desvirtuada, que se cumpla la segunda condición normativa del artículo 22 del CST. Las anteriores condiciones, frente a la relación de trabajo, imponen un elemento subyacente en la prueba directa de la subordinación o en el hecho indiciario de la misma, esto es, que se determine, en rigor de certeza, la duración de la existencia de la relación de trabajo, tanto en extremos como en su frecuencia, puede ser equiparable a una jornada laboral o a un continuo de tiempo que reste incertidumbre sobre cualquier intermitencia al interior de los extremos, es decir que la relación de trabajo no se muestre como difusa.

La anterior situación bajo la carga de la prueba dado que superado lo concerniente a la prestación del servicio y su determinación, es necesario que las partes y en particular quien pretende que se le reconozca un derecho, cumpla con el deber legal no solamente de mencionar los hechos constitutivos del mismo, sino también de desplegar todas las acciones con el propósito de probar aquellos supuestos fácticos que los respaldan, sin soporte probatorio las pretensiones no pueden ser declaradas por la jurisdicción, conforme preceptos del art. 167 del CGP antes 177 del CPC (Art. 145 CPTSS), al respecto la H. Corte Constitucional manifestó en sentencia C-086.16, lo siguiente:

"Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar

beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”.

De la causa adelantada, debe observarse que la parte demandante alega la existencia de un contrato de trabajo con MARÍA LUCERO RÍOS PIEDRAHITA entre el 1.5.03 al 15.9.13, refiriendo en los hechos de la demanda la suscripción de un contrato de trabajo en relación a la Serviteca los Lagos

Al respecto fueron practicadas como pruebas documentales la copia de recibos de pago que en realidad corresponde a copias de liquidaciones sin constancia de quien las elabora, carta dirigida al empleador por el cobro de la sumas ahora pretendidas, constancia citación del Inspector de Trabajo del 9.8.16, los que en forma alguna permiten inferir la existencia del contrato pretendido, por el contrario frente a la demandada debe indicarse que la inscripción como comerciante en relación al establecimiento de comercio Serviteca Los Lagos del 17.9.13 resulta posterior al extremo final del aludido vinculo laboral, lo que aunado a que la demanda se integró en su interpretación por el texto inicial que describía la prestación del servicio en tal establecimiento o empresa Serviteca Los Lagos y la subsanación que sin redactar nuevamente los hechos menciona que es esta la persona natural demandada, es un indicio en la ausencia de relación laboral en la temporalidad alegada para el contrato de trabajo con la ciudadana demandada.

Por otra parte las declaraciones presentadas en su orden en el interrogatorio de parte al actor, se mencionó que fueron otras personas las que fueron propietarias del establecimiento de comercio pues expresó que había trabajado con Diana Franco hermana de la señora, pues era de un hermano Diego Libreros que le había dejado eso a un familiar, de allí siguió trabajando con Patricia Libreros y después llegaron otras personas reclamando la propiedad, quien trabajó un tiempo con la señora Lucero pero que ahí intervenía la señora Diana Franco, esposa del propietario primigenio, que inició con Patricia Libreros casi 11 años pero sin poder determinar cuánto tiempo exacto trabajó con una y otra, al indicar que lo fue por mitad (min. 6:45).

Por su parte la señora María Cristina Caicedo Balanta quien conoce al actor hace unos 12 años, expresó que por razón de parqueo de los vehículos de su propiedad y servicios de tal serviteca, veía a Jaime en tal lugar, que sabía que era de un señor de quien no recuerda el nombre, pues veía solo a las personas que trabajaban allí, una señora de quien tampoco recuerda el nombre y la señora Lucero, quien estaba dirigiendo las labores a realizar, a quien recuerda haberla visto 5 años seguido y que

después de un tiempo el actor le indicó que él ya no trabajaba allí, sin recordar el año, pues menciona que la visitó unos 7 a 8 años de continuo hasta que dejó de ir a Zarzal, por otra parte mencionó haber visto a otra administradora por corto tiempo y si en forma constante a la señora Lucero, aproximadamente 6 a 7 años, precisando que dejó de estar en Zarzal en el 2009 y volvió como hasta el 2011.

La señora Marleny Lucia Loaiza Castañeda, expresó haber sido cliente donde laboraba el actor, quienes llevaban sus vehículos hasta el año 2007, viendo después de esa fecha ya cuando pasaba que el señor demandante laboraba allí, indicando que varias veces la señora María Lucero era la que le daba las órdenes a Jaime, o que el actor visitaba una tienda de propiedad de la testigo sin referencia a fecha exacta y en una de estas oportunidades le comentó que lo habían despedido (min. 39:37).

De los medios de prueba relacionados se desprende que frente a la actividad del actor no es posible identificar a la señora MARÍA LUCERO RÍOS PIEDRAHITA como beneficiaria del servicio alegado en términos del contrato de trabajo alegado. Lo anterior por cuanto desde la documental, la misma declaración del actor y las anteriores ciudadanas que asistieron al proceso en testimonio no se puede determinar un rango de tiempo cierto en que la demandada tuviese alguna relación en la Serviteca enunciada, pero aun en gracia de la anterior determinación, debe mencionarse que la demandada no fue relatada con razón suficiente expuesta que ello fuera la propietaria del citado establecimiento donde se indica haber laborado el actor, por el contrario su rol aparece relacionada en testimonios como la representante del empleador en los términos del artículo 32 del CST, empleador que resulto indeterminado a lo largo de la demanda y el proceso y que en todo caso no puede aseverarse en rigor de certeza que corresponda a la ciudadana demandada.

De esta forma, la sentencia de la a-quo será confirmada, conforme lo expuesto.

COSTAS

Deberá indicarse que no obrara condena de costas en esta instancia, como quiera que el conocimiento del presente asunto devino del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, de conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del CGP

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado -Art. 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por

Radicación No. 76-622-31-05-001-2016-00150-01
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JAIME DE JESÚS PATIÑO RODRÍGUEZ
Demandado: SERVITECA LOS LAGOS
Asunto: Consulta sentencia.

estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

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

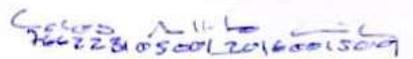
RESUELVE

PRIMERO: -CONFIRMAR- la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Roldanillo, del 19 de julio de 2018, siendo demandante el señor JAIME DE JESÚS PATIÑO RODRÍGUEZ con C.C. 6.212.226 y demandada la señora MARÍA LUCERO RÍOS PIEDRAHITA, conforme lo antes expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, se confirman las de primera.

Notifíquese por estado.

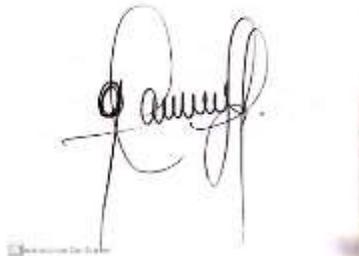
El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

Radicación No. 76-622-31-05-001-2016-00150-01
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JAIME DE JESÚS PATIÑO RODRÍGUEZ
Demandado: SERVITECA LOS LAGOS
Asunto: Consulta sentencia.

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 004 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:
cb3280646f355be34c545e7b50e6027b2c975802864041b6b06599a10543
b112

Documento generado en 25/09/2020 02:08:33 p.m.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Guadalajara de Buga¹. veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-520-31-05-002-2016-00383-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HERMINIA LOZADA LÓPEZ
Demandado: SERVICIOS EDUCATIVOS CRECER S.A.S.
Asunto: Apelación sentencia.

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, quienes integran la Sala Primera de Decisión Laboral, proceden a desatar -el recurso de apelación presentado por la parte actora- respecto de la Sentencia proferida el -5 de abril de 2018 (5/04/18)-, por el -Juzgado 2º Laboral del Circuito de Palmira-.

CONSIDERACIONES

La señora HERMINIA LOZADA LÓPEZ por conducto de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la sociedad SERVICIOS EDUCATIVOS CRECER S.A.S. conforme aclaración de la actuación por el a quo, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 2º Laboral del Circuito de Palmira.

Pretensiones encaminadas a la declaratoria del contrato de trabajo alegado como existente entre la demandante y la demandada a través de la prestación de labor como docente y coordinadora en la institución educativa LICEO CAMPESTRE CRECER, desde el 12/09/05 al 30/07/15 (fl. 9 y sig.)

Pretensiones que se fundamentan, en síntesis, en exponer que la actora se desempeñó en labor para el Liceo Campestre Crecer, en los extremos indicados, en forma continua y bajo terminación del contrato por la trabajadora por justa causa por incumplimiento atribuible al empleador, quien fue contratada erróneamente por prestación de servicios y con indicación del salario inicial e incrementos realizados,

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 126 -Control estadístico por secretaría.

expresando que durante la relación contractual no se reconoció el pago de prestaciones sociales como tampoco aportes al sistema de seguridad social.

Admitida la demanda mediante auto del 5/10/16 (fl.25), con notificación personal del 18/10/16 a la sociedad demanda por conducto de su representante legal (fl. 27), se contestó la demanda (fl.28) y en tal sentido fue admitida en auto del 15/11/16 (fl. 48), el a quo realizó audiencia del artículo 77 y 80 del CPTSS el 24/03/17 y 5/04/18 respectivamente.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2º Laboral del Circuito de Palmira en sentencia del 5/04/18, accedió a declarar la existencia del contrato de trabajo del 1/09/10 al 2/09/15, entre la actora y la sociedad SERVICIOS EDUCATIVOS CRECER S.A.S. al tiempo que procedió a fijar condena por los siguientes conceptos:

1. Cesantías por \$3.291.633
2. Intereses a las cesantías \$349.498
3. Vacaciones \$1.091.666
4. Prima de Servicios \$1.091.666
5. Por indemnización del artículo 65 del CST, por un día de salario a valor de \$43.333,33 a partir del 2/09/15 y hasta por 24 meses, y por el tiempo siguiente por los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación y hasta cuando se verifique el pago.

El a quo fundó su conclusión en indicar que consideraba que fueron aceptados como ciertos los hechos 1 a 17, tomando como inicio del contrato el 2/09/10, precisando que terminó por renuncia del 1/09/15, aunque la certificación a folio 5 indicaba que la actora laboró desde el año 2006 se contrasta a que la matrícula de comercio de la demandada es de junio de 2010, en lo cual consideraba que no pudo existir alguna clase de contrato, sobre condenas, además de tomar que la demandada estaba reconociendo que se adeudaban prestaciones sociales, pero únicamente respecto a los últimos tres años, los que declaró en su sentencia, por los valores antes mencionados. (min. 5:33 y sig.)

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó y sustentó recurso de apelación, solicitando que las cesantías se liquiden por la totalidad de los extremos temporales indicados en la sentencia; además solicitó se reliquide la indemnización del artículo 65 del CST a partir del 1/09/15 hasta que se verifique el pago; que se tenga en cuenta que la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se realiza desde el primer año en que no se consignaron cesantías al fondo respectivo, desde el 14/02/11; añade que se requiere que se reconozcan el punto de la sentencia sobre los aportes a pensión dado que también es obligación realizar los aportes en salud desde las fechas declaradas de los extremos temporales de la sentencia, desde el 1/09/10 al 2/09/15 (min. 22:00 y sig.).

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegado el proceso a esta instancia, fue admitido; y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, se procedió a correr traslado a las partes para presentar sus alegatos. Vencido el mismo, la parte demandante se pronunció al respecto:

Refirió que dentro del proceso se presentó por la conducta de la demandada los supuestos para presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión, al no asistir a la audiencia del artículo 77 del CPTSS; adicionalmente obra certificado laboral (fl. 5) que refiere que existió labor de la actora del 12/9/06 al 2/9/15, lo que permitía que su relación laboral lo fuera desde la primera fecha, sin haberse indicado tampoco las condenas que contra CORPOCRECER, como la administradora anterior del Liceo Campestre Crecer ha debido indicar el a quo frente a la sociedad SERCRECER S.A.S., por considerar que frente a esta ha existido la sustitución de empleadores.

Adicionó que en la sentencia se dejó de condenar por indemnizaciones por no consignación del auxilio de cesantías y cotizaciones a pensión, siendo en todo caso precedente su condena, solicitando se revoque parcialmente la sentencia y se concedan todas las pretensiones solicitadas.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico conlleva a resolver sobre el fundamento sustantivo, referente a las condenas fijadas por el a quo que la parte demandante fija como deficitarias o insuficientes frente a la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y aportes al sistema de seguridad social.

Recurso que se resuelve conforme la competencia que se le otorga al ad quem de conformidad con los artículos 66A del CPTSS, 281 y 328 del CGP, de acuerdo con los puntos materias de inconformidad en el recurso interpuesto y en todo caso sometido a las materias objeto del litigio, las que no pueden variarse en la oportunidad de alegaciones en primera y segunda instancia. Debe mencionarse que el presente recurso se conoce con relación a las condenas emitidas por el a quo, el que si bien en algunos apartes mencionó que correspondió a lo indicado por el apoderado de la parte demandada, no solo por su interés jurídico sino porque al final de su intervención ya lo refiere como apoderado de la actora, se comprende que se fundamenta en la intervención de la parte demandante.

En este orden, no fue objeto de reparo la declaración del contrato de trabajo entre la señora HERMINIA LOZADA LÓPEZ y SERVICIOS EDUCATIVOS CRECER S.A.S., sociedad de la cual se aclaró en audiencia del artículo 77 del CPTSS que obedecía a la demandada, dada la falta de atención por la parte actora y el juzgado en la enunciación de la pasiva en etapas previas al citar como demandado al establecimiento educativo y no a su propietario, ultimo sobre el cual recae el atributo de personería jurídica, Sociedad que a su vez contestó la demanda sin requerir se aclarara, corrigiera o rehiciera la actuación procesal, lo que ocurrió en la audiencia indicada para precisar que es tal sociedad la que actúa como demandada.

Si bien los extremos señalados por el a quo, y el salario base de referencia en la liquidación de las condenas no fueron objeto de reparo por el apoderado de la parte actora, no así el monto resultante sobre las cesantías al considerar que estas no podían ser objeto de la excepción de prescripción en la forma como lo consideró el a quo, punto en que de conformidad con la presentación de la demanda del 19/09/16 por impresión de la oficina judicial, no por el sello del Juzgado del 18/09/16, al no

conocer si existía reparto correspondiente, y el extremo final del 2/09/15, de conformidad con el artículo 151 del CPTSS y 488 del CST le asiste razón el actor, ya que el artículo 249 del CST hace que persista la obligación de pagar el saldo de las cesantías a la terminación del contrato de trabajo, en el caso que corresponde al año 2015, dentro del lapso no prescrito, como en tal sentido lo ha indicado la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, bajo sentencia con número de radicación 37389 de 2012.

Si bien el hecho 27 de la demanda indicaba la labor continua de la actora desde el 12 de septiembre de 2005 al 30 de julio de 2015 este no fue aceptado por la demandada y contra las precisiones en cuanto al modo y duración contractual en la contestación a los hechos 19 a 21, obra certificación a folio 5 que no mencionó la solución de continuidad que se expresa en la contestación de la demanda, de allí que se tome por un único contrato de trabajo, extendiendo el menor valor de salario reconocido por el lapso inmediatamente anterior al tiempo subsiguiente en el 30 de junio al 30 de septiembre de cada año, cuando existió incremento del mismo al mes de septiembre respectivamente (fl. 11 y 30), efectuada nuevamente la liquidación por todo el periodo en que se declara el contrato de trabajo, se observa que el auxilio de cesantía corresponde a \$6.136.944, valor por el que se modificara la condena.

De la indemnización del inciso tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en continuidad de lo expuesto frente al auxilio de cesantías, con corte prescriptivo al 19/09/13 en razón de la presentación de la demanda y efectos del artículo 90 del CP, ahora 94 del CGP, aunado que no es posible evidenciar una condición de buena fe en la conducta asumida por el empleador como aquel fuerte, inexorable o casi invencible convencimiento de no estar bajo el marco de la obligación dispuesta en la norma citada, con mayor razón cuando de la actora se asevera que no solo tenía a su cargo actividades como el pensum anual sino de coordinación, en tal sentido puede comprenderse lo expresado en la certificación del empleador a folio 5, firmada por el señor Marco Fidel Orozco quien funge como gerente de la sociedad demandada acerca de no precisar solución de continuidad, respecto de esta indemnización sancionatoria valga indicar que no concurre al tiempo de la indemnización del artículo 65 del CST, por ello obrara, conforme excepción de prescripción que se tiene por demostrada parcialmente, por los días del 19/09/13 al 14/02/14; del 15 de febrero de 2014 al 1 de septiembre de 2015, por las cesantías no prescritas que debían consignarse el 15/02/13, 15/02/14 y el 14/02/2015, indemnización que asciende a \$29.976.667, concepto y monto por el que se adicionara la sentencia.

En cuanto a la fijación temporal de la indemnización del artículo 65 del CST, debe tenerse en cuenta que el salario diario indicado fue por \$43.333,33 desde el año 2015, mientras que el Salario Mínimo Legal Mensual para aquella calenda se fijó en \$644.350 (Decreto 2731 de 2014), de tal forma que el salario de referencia para la indemnización dispuesta en condena superó en más del doble el valor diario del referente legal para conocer si tal indemnización podría acrecentarse diaria e indefinidamente hasta el pago, de allí que el inciso primero del artículo 65 del CST, como fue modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, es la aserción normativa que rige los supuestos de hecho observados, por tanto la condena en este punto será confirmada

De conformidad con el artículo 15 y 17 de la Ley 100 de 1993 como consecuencia del contrato de trabajo que se declaró y a diferencia de las cotizaciones al sistema de salud que financian el respectivo subsistema bajo un conjunto de universalidad y solidaridad, los primeros si guardan relación con la consolidación del derecho de

raigambre social pero también de índole patrimonial para la actora, sea en la cobertura como seguros de riesgo o frente a la consolidación de pensiones de vejez, de allí que la carga de la prueba de pago, establecido el marco de la existencia de cotización como era el contrato de trabajo, corresponde a la sociedad demandada, sin que fuera posible suponerlo a través de una cláusula del contrato de prestación de servicios que resulta ineficaz, si con ello nuevamente se infringía el deber de cotización a cargo del empleador y por otra parte si no obró fundamento normativo de orden legal que permitiera establecer que las cotizaciones se habían realizado, como podría ser en el caso de contratistas estatales en que la supervisión requiere normativamente verificar el pago de aportes al sistema de seguridad social, aun en ese caso subsiste la cuestión de equiparación patrimonial al trabajador por el monto de cotizaciones que correspondían al empleador.

En el presente caso, tampoco obra documental específica en que se reportaran las cotizaciones por la actora, pero eventualmente que existan y sean deficitarias, dado que otra pretensión, no incorporada en el litigio, es la retribución por equiparación patrimonial de aquellas cotizaciones que pudo haber realizado la actora en valor adicional al porcentaje que le correspondía como trabajadora, lo que corresponde es ordenar que se complete las cotizaciones al monto de ingreso base de cotización que conforme salarios aceptados por la demandada corresponden ante el sistema, orden que abarca en aplicación normativa las diferentes opciones que pueda reflejar la historia laboral ante el fondo administrador de cotizaciones por el asunto presentado en el litigio.

De allí que sin afectarse por el fenómeno prescriptivo dada su correlación a la consolidación del derecho pensión, deberá la sociedad demandada completar las cotizaciones de la actora por los extremos en que se declara el contrato de trabajo a los valores aceptados como remuneración, extendidos incluso en lo subperiodos de julio y agosto respectivamente por cada año aceptado de labor, conforme certificación laboral enunciada, junto con los intereses moratorios dada la inescindibilidad normativa con el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, a entera satisfacción de fondo administrador de pensiones en donde se encuentre afiliada la demandante, en el siguiente orden: del 30 de junio de 2010 al 30 de agosto de 2012 bajo ingreso base de cotización (IBC mensual) por \$1.100.000; del 1 de septiembre de 2012 al 30 de agosto del 2013 bajo IBC de \$1.200.000; del 1 de septiembre de 2013 al 2/09/15 por IBC de \$1.300.000.

Por lo expuesto no obrara condena en cuanto aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las acciones de fiscalización en contra de la sociedad demandada según el contrato de trabajo que se declaró, como se indicó tales montos en si mismos no representan una expectativa patrimonial para la actora, conforme artículo 205 de la Ley 100 de 1993 y literal d) del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, respectivamente por la administración y giro de los recursos de cotizaciones recibidas por las Entidades Promotoras de Salud y posteriormente la administración de los recursos de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud a cargo de la entidad ADRES.

COSTAS

Conforme el trámite y resultado del recurso no obrara condena en costas en segunda instancia.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado - artículo 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

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

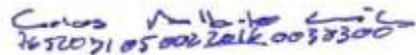
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Palmira el 5 de abril de 2018, siendo demandante la señora HERMINIA LOZADA LÓPEZ identificada con C.C. 31.835.564 y demandada la sociedad SERVICIOS EDUCATIVOS CRECER S.A.S. NIT 900368754-1, para indicar que la condena por auxilio de cesantías corresponde en su totalidad al valor de \$6.136.944, y adicionado la condena a cargo de la sociedad demandada y a favor de la demandante por indemnización prevista en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por valor de \$29.976.667 y por las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones al fondo administrador que se encuentre afiliada la ciudadana demandante junto con los intereses moratorios a satisfacción del fondo administrador, hasta completar los siguientes periodos del 30 de junio de 2010 al 30 de agosto de 2012 bajo ingreso base de cotización (IBC) por \$1.100.000; del 1 de septiembre de 2012 al 30 de agosto del 2013 bajo IBC de \$1.200.000 y del 1 de septiembre de 2013 al 2 de septiembre de 2015 por IBC de \$1.300.000; confirmar en lo demás la sentencia apelada, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 004 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:

9af0623579aee85583d30938b9191ad8cd03c21c1bcef7eab8c6537e6ff48b9f

Documento generado en 25/09/2020 02:08:04 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Veinticinco (25) de septiembre de 2020

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación: 76 109 31 05 002 2017 00011 01

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: BANY BALANTA RENTERÍA
Demandado: LA GACELA DORADA LTDA.
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 4 de julio de 2018 (4/07/18) por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura.

ANTECEDENTES

BANY BALANTA RENTERÍA por intermedio de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia contra de sociedad LA GACELA DORADA LTDA., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura.

Al respecto la actora solicita se declare el contrato de trabajo a término indefinido del 1/08/10 al 31/12/13, el cual fue terminado en forma unilateral y sin justa causa por parte de la demandada por razón de su limitación física, bajo salario del 1/01/13 al 31/12/13 de \$660.000 y se profieran condenas por las indemnizaciones previstas en los artículos 64 y 65 del CST, 26 de la Ley 361 de 1997, por auxilio de cesantías y las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones del 1/08/10 al 31/12/13 (fl. 73-74).

Pretensiones que se fundamentan en exponer la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre la actora y la sociedad demandada en los extremos antes indicados, quien devengó el salario mínimo, no obstante expresar que el empleador cada 31 de diciembre y 28 de febrero le liquidó el contrato de trabajo aduciendo la expiración del plazo pactado sin que existiera solución de continuidad, incluso sin reconocer el lapso del 1/08/10 al 31/10/10; trabajadora a quien se le emitieron certificaciones laborales y sobre quien se le realizaron cotizaciones en pensiones

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 127 127 control estadístico

bajo otras razones sociales, quien fue despedida el 31/12/13 no obstante indicarse por expiración del plazo pactado, quien desde el 2010 sufrió afectaciones en su salud según consultas médicas en historia clínica, por otra parte expresó que ya había laborado en otras ocasiones desde el año 2002 a enero de 2010 en forma discontinua con el empleador y sin que a la terminación del contrato contara con cesantías en el respectivo fondo administrador ni con la liquidación de prestaciones sociales completas por el tiempo laborado, las que a la terminación del contrato solo se realizaron por los últimos diez meses laborados (fl. 74-76).

La demanda fue presentada el 19/01/17 (fl. 1), una vez subsanada (fl. 73), fue admitida mediante auto del 27/04/17 (fl. 83), se notificó personalmente el 24/05/17 (fl. 86) y fue contestada negando la mayoría de los hechos aseverados en su contra, mencionado en su favor la existencia de diferentes contratos de trabajo a término fijo debidamente terminados hasta el 31/12/13 (fl. 89 y sig.), con oposición a las pretensiones se presentaron las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, mala fe de la demandante, pago, compensación y cualquier otro medio exceptivo demostrado, acto que se tuvo por admitido mediante auto del 11/07/17 (fl. 163-164).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia del 4 de julio de 2017 (4/07/17), el a quo consideró la improcedencia de la protección solicitada, al considerar conforme documental e interrogatorio a la demandante, que la relación de trabajo evidenciaba que esta inició el 1/11/10, superando la certificación aportada, y que al aceptarse el hecho 7º esta terminó el 31/12/13, bajo diferentes contratos de trabajo a término fijo, según el soporte documental allegado, respetando el año de prórroga del contrato, sin embargo en relación a la excepción de prescripción procedió a absolver a la demandada, conforme la exigibilidad de lo pretendido, que era desde el 1/01/14, sin constatar reclamación de la actora a la demandada, estos prescribieron antes del 2/01/17 y la demanda se presentó el 19/01/17, por fuera del lapso considerado por el a quo para interrumpirla, por tanto profirió sentencia absolutoria en cuanto a las condenas presentadas, declarando únicamente la existencia del contrato de trabajo a término fijo del 1/11/10 al 31/12/13 (min. 20.00 y sig.)

APELACIÓN

En nombre de la demandante se presentó recurso de apelación indicando que los extremos indicados por el a quo no son consecuentes con la demanda, pues la demandada solo aporta dos contratos escritos del 1 de enero hasta 28 de febrero de 2011 y el segundo del 1 de marzo al 31 de julio de 2011, de tal forma que si este puede prorrogarse sucesivamente por tres periodos del mismo tiempo, esas tres prorrogas lo serian a diciembre de 2011, a mayo de 2012 y a octubre de 2012, a partir de lo cual conforme artículo 46 del CST todas las prórrogas serian no inferiores a un año, por ello de octubre de 2012 fecha de la última prórroga, desde el 1/11/12 este contrato se extendió por un año más a 31/10/13 y si no existe contrato, hubo otra prórroga más de esa fecha, por lo cual no son consistentes las consideraciones con el fallo, mencionando que el superior clarifique si tal prórroga

sucedió y entonces si el despido se hizo en tal momento del contrato, para que desde allí se establezca si el reclamo de la demandante fue oportuno (min. 40:40 y sig.)

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegada las actuaciones, luego de admitida, se corrió traslado para alegatos, conforme al artículo 15 del Decreto 806 de 2020; vencido el mismo por las partes no se presentaron.

CONSIDERACIONES

Al respecto se advierte que la resolución del recurso obra bajo los artículos 280, 281 del CGP, y valoración conforme artículo 61 y 66A del CPTSS en cuanto a exposición e indicación por relevancia, precisión y brevedad, consonancia y libre crítica de la prueba, advirtiendo que, de la conducta procesal de las partes, no se configura indicio alguno en la sentencia.

En este sentido el problema jurídico no puede dejar de relacionarse con el principio de congruencia y consonancia en el sentido que la demanda y el recurso de apelación expresan los límites del juez en segunda instancia, luego el análisis que convoca a esta colegiatura consiste en establecer si el recurso de apelación se fundamenta en los puntos materia del litigio planteado en instancia.

Al respecto debe indicarse que la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL2010 de 2019, ha expresado la especial atención con los dos principios antes referidos en estos términos:

"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).

En adelante, la ley cuida que todas las actuaciones procesales guarden fidelidad con esa materia del litigio previamente fijada, de manera que en el trámite se desarrolle un debate coherente, judicialmente dirigido y con la seriedad y altura propias de la digna tarea de administrar de justicia. Para esos fines, el legislador faculta al juez del trabajo para «...rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito...» (artículo 53 del CPTSS) y lo obliga a que su sentencia definitiva esté en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, igual que con las excepciones alegadas y probadas. (Ver principio de congruencia, artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy 281 del Código General del Proceso. Igualmente, CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 30207).”

Expuesto lo anterior debe advertirse que la demanda, conforme subsanación de la misma y aunque extemporánea por anticipación, cuando al cumplir con la corrección de los puntos materia de inadmisión anticipó su reforma en acápite de pruebas, tuvo como pretensiones la existencia de una “relación laboral permanente y sin solución de continuidad, que tuvo inicio el primero (1) de agosto de 2010 y culminó el treinta y uno (31) de diciembre de 2013”, en el marco de la solicitud de declaratoria de “(...) un contrato de trabajo verbal, a término indefinido”, de acuerdo a la primera y segunda pretensión respetivamente (fl. 73).

Por otra parte los hechos de la demanda además de indicar los anteriores extremos nuevamente informan del surgimiento del alegado contrato de trabajo en forma verbal y a término indefinido, reforzando lo expuesto con citación de certificación del alegado empleador, que en tal sentido informaba esta modalidad y que bajo esta condición fue terminado, se itera a término indefinido, conforme hechos de la demanda 2, 3, 12 y 22; en donde si bien se enunciaron diferentes liquidaciones del contrato de trabajo o motivos de terminación aducidos por el empleador como expiración del plazo pactado estos últimos corresponden a la manifestación de la actora sobre la conducta del empleador que consideraba como indebida, hechos que nunca expusieron en detalle y tampoco por generalidad semejanza con los argumentos enunciados en el recurso de apelación por el cual se conoce este asunto.

De allí que si la demanda planteo el litigio sobre la discusión acerca de la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, que con mayor importancia que no se basaba en ningún documento escrito al aseverar que su surgimiento fue en forma verbal, conforme artículo 47 del CST, no es posible que la controversia entre las partes en segunda instancia pueda modificarse o cambiar a la discusión sobre los términos precisos de existencia de diferentes contratos de trabajo a término fijo y el detalle respectivo de las fechas de suscripción, vigencia y debidas prorrogas.

Si bien el a quo declaró la existencia del contrato de trabajo a término fijo entre el 1/11/10 al 31/12/13 y como se evidencia no existía suficiente soporte para que implícitamente hiciera uso de las facultades extra petita, lo cierto es que el motivo de desacuerdo del apelante no podía provenir de razones diferentes a lo planteado en la demanda, la que marcó los límites del litigio y por lo cual esta Sala no puede variar el horizonte de los hechos y pretensiones conocidas de la confrontación jurídica entre las partes, con mayor gravedad cuando de así efectuarse lo sería en

segunda instancia, sin la asistencia de un recurso más expedito y sin un mayor rigor en su planteamiento, como sería la apelación sobre providencias que obra en primera instancia. Igualmente debe advertirse que la enunciación de contratos a término fijo fue un planteamiento de la defensa es decir de excepción por inexistencia del derecho pretendido, ante lo cual la parte actora contaba con la oportunidad para reformar la demanda.

Ahora bien debe aclararse que al final de la sustentación del recurso la parte actora menciona que el reclamo fue oportuno, lo que se encuentra relacionado a la excepción de prescripción que tuvo por demostrada el a quo, no obstante la premisa antecedente en tal acápite del recurso de apelación era tomar por prorrogado el contrato a término fijo a partir del 31 de octubre de 2013 por un año más, con lo cual debe indicarse que no es posible modificar lo resuelto porque nuevamente se incorporaría un planteamiento ajeno a la demanda, en todo caso debe advertirse y en gracia de discusión, que lo planteado no supera el extremo final dispuesto al 31/12/13 que se funda para la actora en la alegación del despido, sin indicar en la sustentación alguna reclamación que interrumpiera el lapso prescriptivo, conforme artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, por esto al momento en que se presenta la demanda, el 19 de enero de 2017, igualmente se afectarían por la excepción de prescripción las obligaciones en la liquidación del contrato de trabajo por prestaciones sociales e indemnizaciones en abstracto, consideradas por el a quo.

Por consiguiente, se impone CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme las razones expuestas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del apelante vencido, sin agencias en derecho pues en subsidio se habría conocido en grado jurisdiccional de consulta.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado -Art. 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración por el término actualmente posible de un día-.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

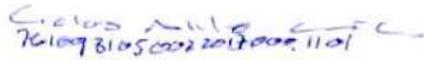
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura del 4 de julio de 2018, siendo demandante la señora BANY BALANTA RENTERÍA identificada con Cédula de Ciudadanía 29.228.964 y

demandada la sociedad LA GACELA DORADA LTDA., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. COSTAS en segunda instancia a cargo del apelante vencido, sin agencias en derecho, conforme lo expuesto.

Notifíquese por Estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 004 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga**

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

Código de verificación:

**a04bdc9ec948b0ac76f0c40a6f842a8beaa4537f50e38687e12704753b92b
e02**

Documento generado en 25/09/2020 02:08:07 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-001-2017-00142-01 y
76-109-31-05-003-2017-00184-00 (acumulado)

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandantes: FRANCY LILIANA FLÓREZ
BENITA CUERO DE HERRERA
Demandado: UGPP
Intervin. Ad. Exc: VANESSA YOLANDA HERRERA SINISTERRA, ANDERSON
HERRERA ARBOLEDA y JEFRY ARIEL HERRERA ARBOLEDA
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

AUTO

Téngase por reasumido el poder otorgado por la UGPP por el doctor WILLIAM MAURICIO PIEDRAHITA LÓPEZ, quien se identifica con Cédula de Ciudadanía No. 1.112.760.044 y T.P. 186.297 del CSJ, Conforme reconocimiento de personería adjetiva en primera instancia y actuación dentro de la presente en la etapa de alegatos (artículo 15 del Decreto 806 de 2020).

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, proceden a desatar el recurso de apelación interpuesto en contra de la Sentencia proferida el 11 de octubre de 2019 (11/10/19), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

ANTECEDENTES

La señora FRANCY LILIANA FLÓREZ, actuando a través de apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 128 Control Estadística.

PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

La demanda anterior³ tuvo como pretensiones singulares al caso, el reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobreviviente a favor de la señora FRANCY LILIANA FLÓREZ VALENCIA en calidad de compañera permanente del señor CELEDONIO HERRERA; retroactivo pensional desde el 12 de marzo de 2016, las mesadas adicionales de junio y diciembre; incrementos de Ley e indexación de las sumas reconocidas (fl.4).

Como recuento fáctico, dijo que el señor CELEDONIO HERRERA, fue pensionado de la hoy extinta empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo de Buenaventura, quien falleció el día 11 de marzo de 2016; que la señora FRANCY LILIANA FLÓREZ VALENCIA, fue la compañera permanente del señor CELEDONIO HERRERA, pues convivió con él por espacio de 18 años continuos hasta su muerte; que la señora FLÓREZ VALENCIA dependía económicamente del causante CELEDONIO HERRERA, quien le suministraba todo para su diario vivir, como es, alimento, vestido, vivienda, medicinas etc.; que la pareja HERRERA FLÓREZ, fijó su residencia en el barrio la Marina de Buenaventura (V); que las señoras FRANCY LILIANA FLÓREZ VALENCIA y BENITA CUERO DE HERRERA, reclamaron la sustitución pensional del señor CELEDONIO HERRERA, a quienes les fue negada mediante Resolución No. RDP. 25909 del 22 de junio de 2017 (fl.2-3).

Mediante el auto interlocutorio del 28 de agosto de 2017, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, admitió la demanda, ordenó notificar a la entidad demandada y vinculó a la señora BENITA CUERO DE HERRERA (fl.29).

El apoderado judicial de la señora BENITA CUERO DE HERRERA puso en conocimiento del despacho del proceso instaurado contra la UGPP, con radicado 76-109-31-05-003-2017-00184-01 donde aparece como vinculada la señora FRANCY LILIANA FLÓREZ, solicitando la acumulación de los procesos en aras de la economía procesal (fl.43). Mediante auto de 24 de julio de 2018, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, decretó la acumulación del proceso adelantado por FRANCY LILIANA FLÓREZ VALENCIA, con el que adelanta la señora BENITA CUERO DE HERRERA, bajo el radicado 76-109-31-05-003-2017-00184-00 que cursaba en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura (V), para tramitarse bajo una sola cuerda procesal (fl. 56-58).

ACUMULADO

Las pretensiones de la señora BENITA CUERO DE HERRERA⁴, son el reconocimiento y pago del 50% la pensión de sobreviviente a su favor, en calidad de cónyuge del señor CELEDONIO HERRERA, el retroactivo pensional y los reajustes de las mesadas causadas desde el 26 de agosto de 2017, fecha en que fue suspendida la mesada pensional; indexación, acrecimiento de la mesada pensional reconocida de carácter temporal a los hijos (fl. 3 proceso acumulado).

³ Radicación No. 76-109-31-05-001-2017-00142-01 (cuaderno 1)

⁴ Radicación No. 76-109-31-05-003-2017-00184-00 (acumulado) cuaderno 2

Como sustento de sus pretensiones el apoderado de la señora BENITA CUERO DE HERRERA dijo que el señor CELEDONIO HERRERA se encontraba pensionado por la extinta Empresa Puertos de Colombia, desde el 6 de agosto de 1993; que contrajeron matrimonio religioso en el Municipio de Timbiquí, partida de matrimonio asentada el 7 de noviembre de 1955; que hicieron vida conyugal durante 49 años, 5 meses y 3 semanas en la ciudad de Buenaventura; que de dicha relación se procrearon 5 hijos; que la señora Benita fue su beneficiaria al servicio de salud; que el 15 de abril de 2004, el señor CELEDONIO HERRERA designó ante el Área de Pensiones Grupo Pasivo Social Puertos de Colombia, a su esposa BENITA e hijos VANESSA, ANDERSON y JEFRY ARIEL, como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en caso de muerte, sin que exista evidencia de una relación extramatrimonial; que CELEDONIO falleció el 11 de marzo de 2016 y siempre le proporcionó a la demandante los recursos económicos para los gastos del hogar y la crianza de sus hijos; que el 26 de abril de 2016, reclamó la sustitución pensional a la UGPP, quien reconoció provisionalmente el pago de la prestación así:

- 50% a la señora BENITA CUERO DE HERRERA, en calidad de cónyuge, de carácter vitalicio.
- 50% a la menor VANESA YOLANDA HERRERA SINISTERRA, en calidad de hija menor de edad, y será pagada hasta el 20 de diciembre de 2018, siempre que acredite la calidad de estudiante.

Que posteriormente, mediante Resolución RDP No. 044436 de 28 de noviembre de 2016, reconoció de manera definitiva el pago de la pensión de sobreviviente así:

- 50% a la señora BENITA CUERO DE HERRERA, en calidad de cónyuge, de carácter vitalicio.
- 50% a la menor VANESA YOLANDA HERRERA SINISTERRA, en calidad de hija menor de edad, y será pagada hasta el 20 de diciembre de 2018, siempre que acredite la calidad de estudiante.
- 16.67% para cada uno de los menores ANDERSON HERRERA ARBOLEDA y JEFRY ARIEL ARBOLEDA, representado por la señora DORA ARBOLEDA ORTIZ, de carácter temporal, que será pagada hasta el 7 de marzo de 2018 y 31 de marzo de 2020, respectivamente, fecha anterior al cumplimiento de su mayoría de edad y/o hasta los 25 años siempre que se acredite escolaridad.

Que con Resolución RDP No. 02509 de 22 de junio de 2017, se dejó en suspenso el reconocimiento pensional de la señora BENITA CUERO DE HERRERA, al haberse reclamado derecho pensional por cuenta de la señora FRANCHI LILIANA FLÓREZ VALENCIA, como compañera permanente del fallecido (fls. 4-5).

La correspondiente demanda, fue admitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, el 31 de octubre de 2017, ordenando notificar a la demandada e integrados jóvenes VANESSA YOLANDA HERRERA SINISTERRA, ANDERSON HERRERA ARBOLEDA y JEFRY ARIEL HERRERA ARBOLEDA hijos menores del causante (fls. 38-40). Seguidamente, mediante auto de 14 de junio de 2018, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, decretó la acumulación de dicho radicado, con el presentado por la señora FRANCHI LILIANA FLÓREZ, ordenándose la remisión de dicho expediente al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V) (fls. 74-75).

La UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP-, dio respuesta a las demandas instauradas por las señoras FRANCY LILIANA FLÓREZ VALENCIA y BENITA CUERO DE HERRERA, oponiéndose a todas las pretensiones argumentando que considera que a la demandante no le asiste el derecho pensional. Adicionalmente, propuso las excepciones de inexistencia del derecho a la pensión, cobro de lo no debido, buena fe, improcedencia para indexar, exoneración de intereses moratorios, prescripción y la innominada (fl.102-109 y 118-125).

La curadora ad-litem de los jóvenes ANDERSON Y YEFRY ARIEL HERRERA ARBOLEDA dio respuesta a la demanda, manifestando su aceptación a lo probado dentro del proceso (fl. 113).

De igual manera, la curadora ad-litem de la joven VANESSA YOLANDA HERRERA SINISTERRA, dio respuesta a la demanda, ateniéndose a lo probado dentro del proceso (fl.126).

El Juzgado a través del auto de 17 de octubre de 2018, tuvo por contestada la demanda por la UGPP respecto del proceso de la señora FRANCY LILIANA FLÓREZ VALENCIA y por la curadora ad-litem respecto de los menores ANDERSON Y YEFRY ARIEL HERRERA ARBOLEDA (fl. 115-116), y con auto de 10 de diciembre de 2018, tuvo por contestada la demanda por la UGPP respecto del proceso de la señora BENITA CUERO DE HERRERA. Y por no contestada por la curadora ad-litem, frente a la representación de VANESSA YOLANDA HERRERA SINISTERRA, por haberla presentado en forma extemporánea (fl.127).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, (V.) el 11 de octubre de 2019, dictó sentencia en la que resolvió:

(...) PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por el apoderado judicial de la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, por lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora BENITA CUERO DE HERRERA, en condición de cónyuge superstite, tiene derecho a percibir la sustitución pensional de forma vitalicia, acaecida por el fallecimiento del causante señor CELEDONIO HERRERA, y desde el día 12 de marzo de 2016, se retornara el pago dese el 22 de junio de 2017, fecha en que resolvió dejarle en suspenso el pago en un 74,63%, del cincuenta por ciento (50%) que se encuentra en suspenso, en la cuantía y monto que percibió el mismo al momento de su fallecimiento, así como también a las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y a los reajustes de ley.

TERCERO: ORDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, que pague a la señora la señora FRANCY LILIANA FLÓREZ VALENCIA, en condición de

compañera permanente superstite, y a partir del 12 de marzo de 2016, un día después del fallecimiento del causante y compañero permanente de la aquí demandante señor CELEDONIO HERRERA, en un 25,37%, del cincuenta por ciento (50%) que se encuentra en suspenso, en la cuantía y monto que percibió el mismo al momento de su fallecimiento, así como también a las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y a los reajustes de ley.

CUARTO: ORDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, que pague a la señora BENITA CUERO DE HERRERA, desde el 22 de junio de 2017, fecha en la cual resolvió dejar en suspenso el pago el pago de la mesada pensional que se encontraba en disputa, en un 74,63%, mesada y reactivo pensional que se debe indexar al momento de su pago, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y a los reajustes de ley, tal como se indicó en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: ORDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, que pague a la señora FRANSI LILIANA FLÓREZ VALENCIA, desde el 12 de marzo de 2016, y de manera vitalicia, una sustitución pensional en un 25,37%, del cincuenta por ciento (50%) que se encuentra en suspenso, mesada y reactivo pensional que se debe indexar al momento de su pago, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y a los reajustes de ley, tal como se indicó en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: ORDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, a que acrezca la pensión aquí reconocida a las señoras FRANSI LILIANA FLÓREZ VALENCIA Y BENITA CUERO DE HERRERA, en caso de fallecimiento de una u otra, igualmente se le ordena acrecer las pensiones en los porcentajes aquí ordenados, una vez el 50% que perciben los hijos quede libres de su pago.

SÉPTIMO: AUTORIZAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, para que conforme los porcentajes aquí ordenados, proceda a realizar los descuentos concernientes a los aportes en salud, igualmente se le ordena que incluya a: las señoras FRANSI LILIANA FLÓREZ VALENCIA Y BENITA CUERO DE HERRERA en el sistema general de salud.

OCTAVO: ABSOLVER a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, de las demás pretensiones incoadas en su contra por las demandantes FRANSI LILIANA FLÓREZ VALENCIA Y BENITA CUERO DE HERRERA.

NOVENO: SIN COSTAS en esta instancia, por lo dicho en la parte motiva (...).

APELACIÓN PARTE DEMANDADA (min. 42:00 y Sig.)

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda. Expresó que no se cumplen los requisitos legales para adquirir el derecho, que no resulta probada la convivencia alegada entre las demandantes y el causante, al no haberse acreditado los 5 años anteriores a la fecha del deceso, como se desprende de la prueba testimonial y de los interrogatorios de parte; que a ninguna le asiste el derecho reclamado, al no haberse acreditado la convivencia efectiva, real y marital entre la pareja, que aunque no existe preferencia entre la cónyuge y la compañera permanente, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, debe existir un vínculo, ante el cual se observe el auxilio mutuo, el cual se expresa como el acompañamiento físico y espiritual, apoyo económico, que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen.

CONSULTA

En el presente asunto la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-, presentó apelación parcial en cuanto a la declaración de convivencia acreditada por las demandantes, por lo que se deberá estudiar en el grado jurisdiccional de consulta si acertó el juzgado en lo que respecta a la procedencia de las demás condenas impuestas; de conformidad con lo preceptuado en la Sentencia de Tutela proferida el 09 de Julio de 2015 por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, bajo rad: 40200 MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta instancia, fue admitida; se corrió traslado para alegatos dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020; vencido el traslado, la entidad recurrente se pronunció así:

"(...) La entidad demandada considera que a las demandantes no les asiste el derecho pensional, ya que para ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes se requiere cumplir con el requisito del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual establece "el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte".

De acuerdo con los elementos de juicio obrantes en el expediente, concretamente las declaraciones recibidas de los señores CARMEN PALMIRA CASTRO VALENCIA, VICKY SHIRLEY ROSSY VALENCIA, LUZ MIREYA HERRERA CUERO, JUSTA QUINTERO MARTINEZ y HUGO BONILLA ANGULO de las demandantes FRANCHY LILIANA FLÓREZ VALENCIA Y BENITA CUERO DE HERRERA, y persiste la duda respecto a los extremos de convivencia de la demandante con el causante, por lo que se concluye que las demandantes

no cumplen con el requisito para tener derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que no logran acreditar el requisito de convivencia durante los cinco últimos años anteriores al fallecimiento del causante.”

Ahora, procede la Sala a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de la CONSULTA con fundamento en el principio de la LIBRE FORMACIÓN DEL CONVENCIMIENTO y de la sana crítica de la prueba, contenidos en el art. 61 del CPTSS, con base en las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolverse se relaciona con la procedencia de la sustitución pensional en favor de las señoras FRANCY LILIANA FLÓREZ VALENCIA y BENITA CUERO DE HERRERA, en calidad de compañera permanente y cónyuge del fallecido CELEDONIO HERRERA, respectivamente, ante una eventual convivencia simultánea, bajo los presupuestos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Del derecho pensional deprecado y su causación.

Se tiene que es un hecho irrefutable la calidad de pensionado que ostentaba el señor CELEDONIO HERRERA según se colige de las Resolución No. 004075 de 6 de agosto de 1993, que reposa en el expediente administrativo de la UGPP (disco compacto obrante a folio 111), y de la mención realizada en las Resoluciones RDP 019317 de 18 de mayo de 2016 y RDP 025909 de 22 de junio de 2017 (fl. 9 y sig. cuaderno 1 y 27 cuaderno 2).

Por lo que al tenor del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es requisito suficiente para, al momento del deceso, dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de los beneficiarios que cumplan las condiciones exigidas en la ley.

Ya en cuanto a la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, alegada por las actoras en su demanda, debe partirse indefectiblemente por la normatividad que regula el caso, que no es otra diferente a la Ley 100 de 1993 en su artículo 47, el cual fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al tener origen el hecho generador que es la muerte del pensionado el día 11 de marzo de 2016 (fl. 13).

Los literales a y b de dicha norma regulan la vocación de beneficiario que tiene el cónyuge o el compañero permanente, la cual está supeditada a que se evidencie que hubo una convivencia de –mínimo- los cinco años que antecedieron al deceso del afiliado o del pensionado.

Contempló el legislador varias hipótesis fácticas que se pueden dar, ajustadas a la realidad social y que regulan casos de convivencia simultánea o de la existencia de varios beneficiarios de la prestación:

- (i) Cuando existan dos o más compañeros permanentes con vocación de beneficiarios, la pensión se repartirá entre ellos, a prorrata del tiempo de convivencia (inc. 2 lit. b);
- (ii) Cuando exista convivencia simultánea de un cónyuge y un compañero permanente, según el texto legal, la pensión se otorgaría al cónyuge, sin embargo, tal consecuencia jurídica fue revisada por la Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008, encontrándose que no puede excluirse al compañero permanente que acredite haber tenido convivencia con el causante en el mismo tiempo, razón por la cual la consecuencia es que se divida la pensión en proporción al tiempo convivido;
- (iii) finalmente, se contempla la posibilidad de que no exista convivencia simultánea, que el vínculo marital se haya roto de hecho y que la sociedad conyugal no se hubiere disuelto y, además, exista una convivencia del afiliado o pensionado con otro compañero permanente, caso en el cual le corresponderá a éste una parte de la pensión en proporción al tiempo de convivencia y el resto le corresponderá al cónyuge, siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco años en cualquier tiempo (...) (Sentencia SL 16949 de 2016).

De todas estas hipótesis, lo que se extracta es que la pensión de sobrevivientes premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendiéndose ésta como la voluntad o el ánimo de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia.

Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió, en los términos antes anotados, con el afiliado o pensionado, de manera ininterrumpida, por el lapso mínimo de cinco años. Y como la norma exige convivencia, no importa si se dio en el marco de una relación matrimonial o de hecho, pues ambas tienen igual tratamiento por la ley, pudiendo incluso darse la una parte, en el marco de una unión de hecho y otra por vínculo jurídico o viceversa.

Sin embargo, cuando se alegue solamente convivencia de hecho, el lapso mínimo de cinco años de convivencia con el pensionado exigido por el legislador debe ser satisfecho en el tiempo inmediatamente anterior al deceso y para el evento en que la convivencia la alegue el esposo separado de hecho, pero con vínculo matrimonial no disuelto, los cinco años correrán en cualquier tiempo.

En el caso puntual, luego de evaluada la prueba practicada en el curso del proceso, se colige tal cual lo concluyó el a-quo, que las señoras FRANCHY LILIANA FLÓREZ VALENCIA y BENITA CUERO DE HERRERA, ostentan la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión del deceso del señor CELEDONIO HERRERA, dentro de una relación simultánea como compañeros permanentes y cónyuges, respectivamente.

Lo anterior, se desprende de las declaraciones de los señores, CARMEN PALMIRA CASTRO VALENCIA, VICKY SHIRLEY ROSSY VALENCIA, LUZ MIREYA HERRERA CUERO, JUSTA QUINTERO MARTINEZ Y HUGO BONILLA ANGULO, quienes desde la relación que tuvieron con cada uno, conocieron las relaciones de pareja, sus hijos

y dieron cuenta de la convivencia entre CELEDONIO HERRERA y BENITA CUERO DE HERRERA como cónyuge y FRANSI LILIANA FLÓREZ VALENCIA como compañera permanente.

Es así como los declarantes LUZ MIREYA HERRERA CUERO, JUSTA QUINTERO MARTINEZ y HUGO BONILLA ANGULO (min. 1:41:00, min. 1:53:40, y min 2:05:00 y sig.), brindaron certeza de la relación conyugal del causante con la señora BENITA CUERO, con quien siempre convivió y procreó 5 hijos; conocen de su condición de pensionado de la extinta Puertos de Colombia, así como la existencia de otros hijos del señor CELEDONIO HERRERA, frente a otra relación que este hubiera sostenido el causante; dan cuenta de la convivencia, solidaridad y apoyo mutuo entre la pareja, así como de la dependencia económica de la cónyuge superviviente respecto del causante; coinciden en conocer los lugares en donde vivieron como pareja, en los distintos barrios de Buenaventura; en que la relación conyugal duró hasta el momento de la muerte; incluso puntualizaron que las exequias estuvieron a cargo de la señora Benita, y fue en su casa en donde se realizó el velorio; también por parte de la señora Luz Mireya, se confirmó que el señor Celedonio sostenía una relación con la señor Franci, cuando expresó *que en el velorio se la señalaron como la mujer que vivía con su papá*; razón de sus dichos obedecen a la relación de familiaridad de la primera, al ser hija del matrimonio HERRERA CUERO, así como la relación de amistad y vecindad con los demás declarantes, quienes además señalaron frecuentar el hogar de la pareja.

De igual manera, las declarantes CARMEN PALMIRA CASTRO VALENCIA y VICKY SHIRLEY ROSSY VALENCIA (min. 1:05:00 y min. 1:26:15 y sig.), coincidieron en exponer, que entre el señor CELEDONIO HERRERA y la señora FRANSI LILIANA FLÓREZ VALENCIA, existió una relación de pareja, que inició desde enero de 2000; les consta puntualmente que se conocieron el 23 de diciembre de 1999, y que al mes siguiente se fueron a vivir juntos; que en la relación no se procrearon hijos; conocen que el señor Celedonio era pensionado de Puertos de Colombia, y que era casado con la señora Benita, con quien tuvo varios hijos; concordaron en mencionar los lugares en los que había vivido la pareja, como fue en los barrios Unión de Vivienda, La Fortaleza, y luego en la Marina, expresando que era don Celedonio su compañero permanente, con quien convivió hasta la fecha de su muerte; que fue Franci Liliana quien los asistió en momentos de enfermedad cuando se encontraba hospitalizado por las enfermedades que padecía el causante; respecto de la muerte son precisas en expresar la fecha y motivo, la que tienen presente en razón de la amistad y vecindad que tenían con el causante, y la demandante, además de recordarlo por haber sido un accidente de tránsito que ocurrió cuando el señor Celedonio en compañía de la señora Franci Liliana se dirigían a un velorio en horas de la noche. En resumidas, sus dichos brindaron confiabilidad en relación con lo expresado por la compañera permanente.

De igual manera, de los interrogatorios realizados a las señoras BENITA CUERO DE HERRERA (min. 17:20) y FRANSI LILIANA FLÓREZ VALENCIA (min. 41:26), se obtuvo que efectivamente fungen como cónyuge superviviente y compañera permanente superviviente de CELEDONIO HERRERA, probando y aceptando la convivencia simultánea; pues ambas, indicaron que CELEDONIO era pendiente de sus hogares, de sus relaciones sentimentales y de sus hijos. Son coincidentes en conocer el círculo familiar del señor CELEDONIO; su calidad de pensionado; sus enfermedades; y los hijos menores que sostuvo en relación distinta a ellas; aunque la señora Benita no aceptó conocer a la señora Franci, asintió que permitía

que su esposo sostuviera otras relaciones, debido a que él siempre mantenía pendiente de ella; por su parte la señora Franci Liliana, también aceptó conocer de la relación conyugal con la señora Benita, de quien tiene buena impresión al no haber sostenido discusión con ella, aduciendo incluso haberla visitado en su casa en Comfamar, cuando su compañero estaba enfermo, pues mientras Franci Liliana lo cuidó durante la permanencia en clínica, la señora Benita lo cuidó en casa en el proceso de su recuperación. Ambas conocieron las circunstancias de muerte del señor Celedonio, encontrándose hasta el último momento de vida del causante, cuando se encontraba en la Clínica Santa Sofía de la ciudad de Buenaventura; estuvieron presentes en sus honras fúnebres que fueron en la casa de la señora Benita en Comfamar; en conclusión, dieron certeza de las relaciones sostenidas con el señor Celedonio, a quien le atribuían ser un buen compañero, durante el tiempo de convivencia que logró acreditar cada una.

También, de la relación entre el señor CELEDONIO HERRERA y la señora BENITA CUERO, se logró demostrar, que convivieron desde el 19 de septiembre de 1966, como cónyuges, como consta de la partida de matrimonio obrante a folio 13 del cuaderno 2; que procrearon 5 hijos, los cuales son mayores de edad; que la relación perduró hasta el momento de la muerte, lo que se obtuvo de las manifestaciones brindadas en las declaraciones; que la pareja ostentaba lazos de amor, de apoyo mutuo, de acompañamiento familiar, que definen la convivencia entre la pareja. Aunado a ello, la señora BENITA CUERO siempre fue su beneficiaria en salud, y fue designada como beneficiaria frente a la pensión que gozaba en vida, como se desprende de la documental obrante en el expediente administrativo obrante a folio 11 del cuaderno 1, y folio 25 del cuaderno 2.

Entre los señores CELEDONIO HERRERA y FRANCY LILIANA FLÓREZ VALENCIA, se probó que entre la pareja se inició una relación desde el año 2000 como fue declarado por la actora y sus testigos, y ante lo cual no hubo oposición; relación marital de hecho en la que no se procrearon hijos; que compartieron techo, lecho y mesa hasta el momento de la muerte; pues de las declaraciones brindadas, quedó claro que fue ella, quien, como compañera permanente, brindó acompañamiento en sus últimos años, en la enfermedad y su muerte; no quedó en duda que hubiera existido separación alguna. Lo que además coincide con la investigación administrativa adelantada por la UGPP, cuando la demandante reclamó su derecho pensional, como consta en el expediente administrativo aportado por la demandada (fl. 111 archivo Herrera Celedonio página 235 y sig.), de donde concretamente se desprende que el hijo mayor del señor CELEDONIO si conocía la existencia de la señora Franci Liliana, como compañero de su padre, agregando que su padre no vivía en la casa con Benita; de allí que se encuentre satisfecho por parte de la aquí demandante (compañera permanente), el requisito de convivencia y comunidad de vida durante un lapso superior de cinco años con anterioridad a la muerte del pensionado, seguido de los lazos de ayuda y solidaridad mutua entre los compañeros, en los términos señalados por la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad laboral, citados precedentemente. Por tanto, la actora se hace acreedora a la sustitución pensional, con la característica de haberse encontrado en una relación sentimental simultánea con la señora BENITA CUERO DE HERRERA.

La Sala da credibilidad a las declaraciones rendidas, precisando también en relación a los alegatos de la recurrente, que si bien denotan espontaneidad en el punto de no contradicción en lo dicho por cada uno de los declarantes se aclara

que no puede juzgarse a cada testigo como si se tratara del dicho de una persona omnipresente, siendo congruentes con la información de vida del causante respecto de la demandante que conocieron y en aceptar las demandantes la existencia de su contra parte como cónyuge y compañera permanente respetivamente e itinerancia del pensionado en los hogares formados con cada una de estas; lo que conocen unos, lo desconocen otros, o lo que presenciaron unos, no lo presenciaron los otros, lo que es entendible si se tiene en cuenta la doble relación del causante con las citadas; en ese sentido, no puede considerar la Sala que las razones de apelación traídas por la entidad demandada, hayan resultado ser precisas y suficientes, frente al hecho de desvirtuar la convivencia del causante, con su cónyuge y su compañera permanente.

En éste orden, se itera que el hecho generador es la muerte del señor CELEDONIO HERRERA, que tuvo lugar el día 11 de marzo de 2016, tal como se establece con el Registro Civil de Defunción (fl. 13 Cuaderno 1), siendo el precepto aplicable para el examen de viabilidad de las pretensiones el contenido en el artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, primer artículo citado que establece que tendrán derecho a obtener la prestación reclamada: *«...2. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (...).»*

Claro está que casos como el presente se rigen en referencia, al artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 por conflictos entre convivencia simultaneas entre cónyuge y compañera permanente ha sido la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, con pronunciamiento en radicado 45585 del 7 de septiembre de 2016 la que ha permitido considerar la validez de la convivencia simultanea entre compañeras permanentes hacia la pensión de vejez compartida.

No sobra indicar que las reclamantes en calidad de cónyuge y compañera permanente para la data del deceso contaran con más de 30 años, como se desprende de los documentos de identificación de las actoras allegados al proceso a folio 14 y 111 (D.C. expediente administrativo, cuaderno 1) .

Así las cosas, se tiene que de manera acertada concluyó el juez de primera instancia, en el sentido de que efectivamente existió convivencia simultánea entre el extinto pensionado y las reclamantes en calidad de cónyuge y compañera permanente supérstites, respectivamente del fallecido, debiendo denominarse como beneficiarias en proporción del 50% entre estas, dada la existencia de los hijos menores ANDERSON y JEFRY ARIEL HERRERA ARBOLEDA e hija mayor con acreditación de escolaridad VANESA YOLANDA HERRERA SINISTERRA, de los cuales no existió discusión frente a los derechos en cabeza de ellos, y los cuales se encuentran percibiendo pensión de sobreviviente de conformidad con la Resolución No. RDP 044436 de 28 de noviembre de 2016 (fl. 140-143), y ante la cual, tampoco se hará pronunciamiento por la Sala, pues no fue objeto de decisión, ni las resultas comprometen los derechos que a estos les asiste, aunado a que estuvieron debidamente representados por curador ad litem; caso en el cual le corresponderá a las demandantes BENITA CUERO DE HERRERA y FRANCI LILIANA FLÓREZ VALENCIA el 50% de la pensión, asignando a cada una un porcentaje en proporción al tiempo de convivencia demostrada con el causante.

Respecto del porcentaje otorgado a las beneficiarias no existió inconformidad de las demandantes, en tanto se mantiene el otorgado a la señora BENITA CUERO DE HERRERA, en calidad de cónyuge, correspondiente al 74,63% del 50% que por ser cónyuge le corresponde, desde el 12 de marzo de 2016, la cual se hará efectiva reactivándose en nómina desde el 22 de junio de 2017, fecha en la cual se resolvió suspender la mesada pensional a su favor; y para la señora FRANCY LILIANA FLÓREZ VALENCIA, en calidad de compañera permanente el 25,37% del 50% que por compañera permanente del señor Herrera le corresponde, a partir del día 12 de marzo de 2016, igualmente que se hará efectiva a partir nómina desde el 22 de junio de 2017, por corresponder el mayor porcentaje cancelado de esta demandante a la señora BENITA CUERO DE HERRERA y ser parte del conflicto entre estas beneficiarias, sin situación evidente de existencia del derecho desde la reclamación administrativa para esta última ciudadana, solo hasta que judicialmente como ahora acontece fue resuelto el presente conflicto.

En lo relacionado se destaca que el retroactivo pensional causado en favor de las señoras, BENITA CUERO DE HERRERA y FRANCY LILIANA FLÓREZ VALENCIA se encuentra conformado, conforme mayoría de Sala, por las 14 mesadas anuales, al tratarse del fallecimiento del causante como pensionado y no como afiliado, en lo cual propiamente puede entenderse la institución de la sustitución pensional; el monto pensional será el equivalente a los porcentajes indicados, respecto del 50% de lo que venía devengando para el 2016 el causante, con sus incrementos legales, sin que dichas sumas se encuentren afectadas por el fenómeno extintivo de la prescripción desarrollado en el artículo 488 del CST y el artículo 151 del CPTSS. Sumas de dinero sobre las que solo procederá la actualización o corrección monetaria tomándose el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE y el factor resultante del IPC FINAL (diciembre del año anterior a la fecha de pago de cada mesada adeudada) / el INICIAL (diciembre anterior a la data de causación para cada mesada adeudada conforme al retroactivo pensional ordenado) por el valor del capital adeudado, conforme lo ordenó el fallador de primera instancia.

Resultando de igual manera procedente la autorización de descuentos concernientes a los aportes de salud, respecto de las mencionadas beneficiarias. Así como al acrecimiento del porcentaje pensional ante el fallecimiento de alguna.

Así las cosas, habrá lugar a CONFIRMAR la sentencia APELADA y CONSULTADA proferida el día 11 de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V.), conforme a lo anteriormente esbozado.

COSTAS

Como quiera que el conocimiento del presente asunto devino junto al grado jurisdiccional de consulta, no habrá lugar a la imposición de costas en esta instancia, de conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado -Art. 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por

estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

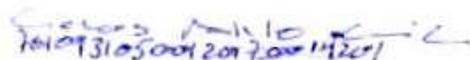
RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR la sentencia proferida el día 11 de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V), siendo demandantes las señoras FRANSY LILIANA FLÓREZ VALENCIA identificada con cédula de ciudadanía No. 29.228.566 y BENITA CUERO DE HERRERA identificada con cédula de ciudadanía No. 29.222.376 y demandada la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP-, para indicar que los efectos fiscales de pago en el porcentaje indicado por el a quo de las mesadas pensionales a la ciudadana FRANSY LILIANA FLÓREZ VALENCIA, lo serán desde la fecha en que la UGPP suspendió el pago de la pensión de sobrevivientes a la señora BENITA CUERO DE HERRERA, esto es efectiva en nómina desde el 22 de junio de 2017, SE CONFIRMA en lo demás la sentencia recurrida y consultada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO. Sin Costas en segunda instancia.

Notifíquese por Estado.

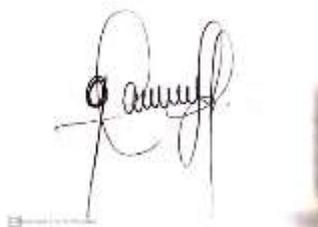
El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
(Salvamento parcial 14 mesadas)



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: FRANCY LILIANA FLÓREZ Y OTRA
Demandado: U.G.P.P.
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 004 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga**

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

Código de verificación:

**791a6780f1979daca1dc26e63104d5bd464f9d7ad0c4b10685b0d8acaf0db
aa7**

Documento generado en 25/09/2020 02:08:10 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76 147 31 05 001 2017 00194 01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARLOS EDUARDO GAVIRIA VÉLEZ
Demandado: FUNDACIÓN LUNA Y FERNANDO ANTONIO RODRÍGUEZ
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar -el recurso de apelación- respecto de la Sentencia proferida el 4 de julio 2018 (4/07/2018) por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Cartago en audiencia que inició el 27 de junio de 2018 (27/06/18) y que condenó a la Fundación y persona natural demandada.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS EDUARDO GAVIRIA VÉLEZ presentó *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de la sociedad FUNDACIÓN LUNA identificada con NIT 805024492-4 y del señor FERNANDO ANTONIO RODRÍGUEZ, con pretensiones encaminadas a la declaratoria del contrato de trabajo alegado entre el actor y los demandados y el pago de prestaciones sociales, intereses a las cesantías y su sanción, compensación de vacaciones, cotizaciones al SGSS en pensiones y salud e indemnizaciones de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990, 64 y 65 del CST.

Demanda que fue presentada el 1/08/17 (fl.14), una vez subsanada fue admitida mediante auto del 13/09/17 (fl. 39), la que presentó como recuento fáctico en síntesis lo siguiente que el actor prestó su servicio personal en los extremos del 10/06/14 al 20/10/15 para los demandados, bajo contrato de trabajo a término indefinido, bajo horario y salario correspondiente al mínimo mensual legal vigente, contrato que fue terminado en forma unilateral y sin justa causa por los demandados y dentro del cual no se sufragaron cotizaciones al sistema de seguridad social, ni pagaron prestaciones sociales, intereses a las cesantías, trabajo suplementario ni se otorgó descanso remunerado.

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 129 - Control Estadística.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado ° Laboral del Circuito de Cartago, mediante sentencia del 4/07/18, condenó a los demandados al pago de prestaciones sociales, compensación de vacaciones, intereses a las cesantías y su sanción e indemnizaciones del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y artículos 64 y 65 del CST, al haber tenido por supuesto la existencia de la alegada relación partiendo de la inasistencia a la audiencia del artículo 77 del CPTSS y a la práctica del interrogatorio de parte, por lo cual la a quo presumió como ciertos los hechos que mencionaron la existencia del contrato de trabajo, la asignación salarial y las obligaciones adeudadas, sin encontrar prueba en contrario sobre lo presumido, pues los testimonios no le permitieron desvirtuar el contrato presumido, a pesar no poder darles credibilidad frente a los extremos si lo hizo por la la prestación del servicio del 10/06/14 al 20/14/14, terminado por despido y bajo retribución mensual correspondiente al salario mínimo legal vigente, absolvió sobre el trabajo suplementario dado el cargo enunciado por el actor y condenó a los demandados por prestaciones sociales, intereses a las cesantías y su sanciones, vacaciones indexadas, indemnizaciones de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990, 64 y 65 del CST y cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y Salud de julio de 2014 a febrero de 2015, septiembre y octubre de 2015 junto con los intereses moratorios (min. 14:06 y sig.).

RECURSO DE APELACIÓN

Refirió el apoderado de los demandados la inexistencia elementos sólidos que determinen tal responsabilidad en cuantos a los testimonios que se presentaron y los documentos presentados que fundamentan la decisión (min. 38:40).

TRÁMITE EN ESTA INSTANCIA.

Allegadas las actuaciones a esta Sala, se procedió a su admisión; así mismo, de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones; vencido el término la parte actora, expresó;

"(...) la parte demandada no logró desvirtuar la presunción de la relación laboral que acompaña a mi prohijado como trabajador y demandante en el presente proceso, motivo más que suficiente para que se generen consecuencias adversas y por lo tanto sea confirmada la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Laboral del Circuito de Cartago.

Además, lo que sí logró probarse por la parte actora fueron los tres elementos propios de un contrato de trabajo: i) Subordinación; ii) Prestación Personal del Servicio y iii) Salario. Lo mencionado en el párrafo inmediatamente anterior se logró probar de la siguiente forma:

a. Con la prueba testimonial que fue totalmente clara en relación con el tema de la subordinación ejercida por el señor FERNANDO ANTONIO RODRÍGUEZ GIRALDO y por la señora MARTHA LIDA MONTEALEGRE RODRÍGUEZ esta última en representación de la FUNDACIÓN LUNA.

b. De igual manera, del interrogatorio a los demandados se desprende la veracidad de los hechos esgrimidos en la demanda, tanto en ellos, así como en la contestación

de la demanda se estableció que efectivamente el señor CARLOS EDUARDO GAVIRIA VÉLEZ había recibido pagos por parte de los demandados.

c. De igual forma, del interrogatorio del señor GAVIRIA VÉLEZ se deduce la existencia de una relación típicamente laboral, especialmente en relación con los elementos que dan lugar a establecer la realidad de lo acontecido en el día a día para con sus empleadores."

Procede la Sala a resolver, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se relaciona con los presupuestos sustanciales y probatorios acerca de la determinación del contrato de trabajo, en razón a los diferentes motivos indicados por la a quo que formaron su convencimiento en relación con el contrato de trabajo declarado.

Carga probatoria que debe ser un punto de atención, en particular por quien pretende que se le reconozca un derecho, que ha de cumplir con el deber legal no solamente de mencionar los hechos constitutivos del mismo, sino también de desplegar todas las acciones con el propósito de probar aquellos supuestos fácticos que los respaldan, pues sin soporte probatorio las pretensiones no pueden ser declaradas por la jurisdicción, conforme preceptos del artículo 167 del CGP antes 177 del CPC (artículo 145 CPTSS), al respecto la H. Corte Constitucional manifestó en sentencia C-086/16, lo siguiente:

"Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan"¹.

De lo cual en el plano concreto del contrato de trabajo debe advertirse que en relación a los conflictos sobre existencia del contrato de trabajo debe tenerse en cuenta que este se configura en virtud de los elementos indicados en el numeral 1 del artículo 23 del CST y atendiendo el artículo 53 de la Constitución Política, numeral 2º del artículo 23 del CST y 43 del CST como normas que privilegian la primacía de la realidad, conjunto en que el artículo 24 ibid., consagra una disposición protectora del trabajo, como es tener por sustento la realidad de la ejecución de la labor y la presunción acerca de la subordinación, por tanto la ineficacia de cualquier documento que atente contra los mínimos del derecho y garantías, en concordancia a lo indicado en Casación Laboral, entre otras en sentencia SL6621-2017.

Adicionalmente a la certeza sobre extremos y continuidad de la labor dentro de estos, es condición necesaria que se demuestre la calidad de beneficiario de la obra o labor personalmente acometida, carga probatoria de quien plantea la existencia del contrato de trabajo, solo así pueden darse los supuestos del contrato de trabajo y su hecho indicativo.

Punto en que la valoración probatoria de la a quo no solo se refirió a la documental y testimonios presentados pues como lo indicó en la parte motiva de la decisión recurrida, las declaraciones presentadas únicamente mencionaron la existencia de la prestación del servicio para la fundación demandada, pues ante ello ya había presentado su motivación por los efectos del artículo 59, 77 del CPTSS, que involucra el artículo 204 y 205 del CGP en cuanto la inasistencia del demandado como persona natural y del representante legal de la entidad sin animo de lucro que conforma la pasiva, de allí debe advertir esta Sala que dentro del tramite de audiencias, se dejó el soporte de los hechos que se consideraban incluidos en los efectos de las normas antes citada y de los cuales se dejaba constancia sobre que afirmaciones fácticas operaban los efectos de la confesión ficta o presunta.

Los anteriores dan cuenta de la vinculación del actor por cuenta del señor Fernando Antonio Rodríguez y de la representante legal de la Fundación demandada, al tiempo que inició labores en forma personal el 10/06/14 y fue terminado el 20/10/15 al ser despedido, que tuvo el cargo de gerente, con asignación del SMMLV, al tiempo que incorporó en el soporte de los hechos sobre los que operaba la confesión ficta las negaciones indefinidas sobre el adeudo de prestaciones sociales, intereses a las cesantías, descanso remunerado y falta de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones y salud, así como del trabajo suplementario, este último del que finalmente se absolvió dado el cargo referido por el actor como gerente (min. 9:37, audiencia del 27/06/18).

Si bien la a quo procedió a realizar la audiencia del artículo 80 del CPTSS en forma inmediata a la culminación de la audiencia del artículo 77 ibidem, suspendió el trámite de aquella otorgando el término de tres días para que se justificara la inasistencia del representante legal, fijando nueva fecha para el 4/07/18, en tal día profirió auto conforme el artículo 59 del CPTSS para dejar constancia de los hechos susceptibles de confesión sobre los que opera la confesión ficta o presunta (min. 3:46)

De lo expuesto, la a quo cumplió los supuestos para que tal institución procesal con efectos probatorios, se incorporara adecuadamente al expediente y le permitiera valorarla en sus efectos probatorios, en efecto se siguieron preceptos señalados por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia bajo radicado 34913 de 2009, en la cual expreso:

"En razón a lo anterior no incurrió el tribunal en error al no considerar probados, por confesión ficta, los hechos de la demanda derivados de la inasistencia de los representantes legales de dichas demandadas puesto que, para los efectos de la norma adjetiva citada, requiere, que el juez constate el injustificado incumplimiento a la cita procesal, establezca para cada uno de los hechos susceptibles de prueba de confesión la presunción de ser ciertos bien la confesión ficta"

No obstante de la misma forma que el trabajo suplementario fue informado en la demanda y sobre este operó la confesión ficta o presunta pero no existió condena dado su contrataste insalvable con el cargo de gerente y los efectos del literal a) del artículo 162 del CST, en similar análisis, sin hechos que otorgaran mayor detalle de la razón o motivo para que el actor bajo idéntica relación de trabajo contará con dos empleadores en consonancia al recurso de apelación debe atenderse la documental allegada en la contestación de la demanda en donde se evidencia que la inscripción de trabajadores, aunque tardía correspondió a tal Fundación e igualmente los llamados de atención y actos de pago eran generados por la representante legal de

esta (fl. 78 – 95), por demás que el hecho 6 de la demanda indica que las funciones del actor fueron desarrolladas en la sede de la fundación demandada.

Al tiempo que el testimonio de María Enith Ospina Muñoz refirió que el actor trabajó para la Fundación Luna como gerente desde 2014 hasta finales de 2015 y que al demandado como persona natural lo conoció como el dueño de la Fundación Luna a quien le alquiló una finca, en donde el señor Carlos Eduardo fue el que le respondió y que por oídas sabía que el señor Fernando Antonio Rodríguez era el propietario de tal Fundación, sin conocer a detalle sobre este último qué cargo tenía, solo refiere que era el propietario, respondió que los contratos de publicidad eran por la Fundación, explicando finalmente que cuando el señor Fernando Antonio Rodríguez le presentó al demandante lo fue como gerente de la Fundación (min. 16:10).

El señor Hugo Ferney García Quintero, como suegro del actor enunció haber sido tanto empleado de la citada Fundación y del señor Fernando Antonio Rodríguez, en tal declaración la a quo tuvo que solicitar se le aclara porqué en las mismas fechas mencionaba que había trabajado para los enunciados, indicando que el citado Antonio Rodríguez era el patrón, lo que para esta Sala enuncia la poca distinción al respecto y la falta de razón de dicho del testigo, posteriormente el testigo narró que solicitó trabajo ante la Fundación Luna, la que hace publicidad, reseñó que entre Fernando Rodríguez y el actor no existía relación laboral, para después corregir que si existía, pues entendía que don Fernando era el dueño de la Fundación Luna y después en respuestas al apoderado de la actora pasar a ser conteste en preguntas que ya le había formulado la a quo y de las cuales había manifestado no conocer (min. 43:30).

De esta forma partiendo de los hechos de la demanda no puede sostenerse en qué forma la persona natural demandada obraba como empleador y no la referida Fundación, a más de indicarse en la demanda que las funciones del actor se realizaban en la sede de Fundación y obrar documental de afiliación y cotizaciones al sistema de seguridad social por esta entidad, aunque tardías e incompletas, de allí puede establecerse que la confesión presunta en el sentido que el demandado Fernando Antonio Rodríguez fuera empleador reviste una falta de explicación en los hechos de la demanda y por ello resulta contradictoria, que por la misma labor del actor, tanto persona natural y la referida fundación fueran sus empleadores

Si la presentación de la confesión ficta mantiene problemas de fondo en la presentación de los hechos de la demanda, los testimonios antes referidos solo permiten evidenciar la creencia de estos en que al ser la persona natural, según su mención, propietaria de la Fundación también debía obrar como empleador, análisis que sin explicación suficiente en los hechos, no es admisible pues a tal patrimonio constitutivo de un fin se le permite contar con el atributo de personería jurídica y por ello ser titular en el acto o negocio jurídico de acuerdo a los artículo 633 y 634 del Código Civil, confusión excusable para el ultimo testigo, pero que en razón de este atributo y la documental allegada, aunado que la demanda no profundiza en la narración fáctica del motivo para que el actor por la misma labor contara con dos empleadores, se observa que la documental, incluso los testigos cuando describen la actividad de la Fundación, evidencian que solo tal entidad pudo haber obrado como empleador del actor, con la cual se infirma una presunción que incluso desde la demanda no estaba suficientemente estructurada.

En este sentido se revocaran las condenas contra la persona natural, no así respeto de la Fundación demandada, pues conforme lo expuesto para esta última entidad se estableció en forma suficiente la confesión ficta y no fue infirmada por la documental

expuesta, de la cual en testimonios si puede advertirse la labor del actor en beneficio para un cometido de tal Fundación, finalmente se resalta que en auto del 1/06/18 la a quo reconoció al profesional Edwin García Castañeda como apoderado de los demandados (fl. 117), renuncia al poder que no fue aceptada y quien terminó presentando el recurso por el cual se conoce el asunto.

COSTAS

Sin Costas en esta instancia por el resultado del recurso, se modifican las de primera para absolver al demandado Fernando Antonio Rodríguez

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado - artículo 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR las condenas proferidas dentro de la sentencia proferida el 4 de julio de 2018, por el -Juzgado 1º Laboral del Circuito de Cartago-, respecto del demandado señor FERNANDO ANTONIO RODRÍGUEZ GIRALDO identificado con C.C. 10.127.298, donde fue demandante el señor CARLOS EDUARDO GAVIRIA VÉLEZ identificado con C.C. 6.240.066, manteniendo en firme las declaraciones y condenas dispuestas en tal sentencia contra la FUNDACIÓN LUNA identificada con NIT 836000725-4, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo del recurrente, sin agencias en derecho.

Notifíquese por estado.

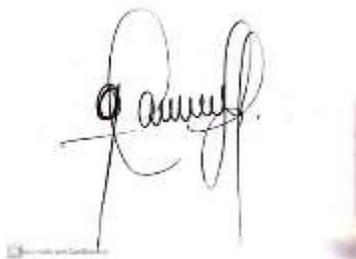
El Magistrado y Magistradas

Carlos Alberto Cortés Corredor
76147310500120170019401

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Consuelo Piedrahita Álzate

CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 004 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:

c25e2d49963b2d860b7e0a4f455f16c700db18b36af2b3adf9dcfee38a78ab
75

Documento generado en 25/09/2020 02:08:13 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-001-2017-00202-01

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: BENITO ARBOLEDA
Demandado: COLPENSIONES
Asunto: CONSULTA (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, proceden a desatar el grado jurisdiccional de consulta contra la Sentencia proferida el 25 de septiembre de 2019 (25/09/19), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

ANTECEDENTES

El señor BENITO ARBOLEDA, por conducto de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de Primera instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira (V).

La demanda anterior tuvo como pretensiones singulares al caso, las siguientes: El reconocimiento de la pensión de vejez, bajo los requisitos del Decreto 758 de 1990; retroactivo e intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (fl. 2)

Como recuento fáctico dijo que el 20 de enero de 1982, fue pensionado por invalidez, por la extinta empresa Puertos de Colombia Terminal Buenaventura; que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES, 517 semanas desde el 1 de febrero de 1970 a 31 de agosto de 1980, motivo por lo cual solicitó a la accionada el reconocimiento de la pensión de vejez, y posteriormente la indemnización sustitutiva, resolviéndose desfavorablemente sus peticiones, con base en la incompatibilidad con la pensión reconocida por la Empresa Puertos de Colombia; aduce cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, desde el 22 de septiembre de 1991, cuando cumplió los 60 años de edad y tenía 517 semanas cotizadas al ISS (fl. 3-6).

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 130 - Control estadístico por secretaria.

COLPENSIONES, dio respuesta a la demanda oportunamente según auto del 17 de abril de 2018 (fl. 74); la demandada, aceptó los hechos de la demandada, sin embargo se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al tornarse la pretensión incompatible con la que percibe por parte de Puertos de Colombia. Presentó excepciones de fondo, que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido y prescripción (fls. 64-68).

El juzgado de instancia admitió la sucesión procesal, mediante auto del 12 de marzo y 22 de abril de 2019, ante la muerte del señor Benito Arboleda el 17 de mayo de 2018, respecto de su compañera permanente Silvia María Gamboa Portocarrero (fl. 107), y sus hijos Zulay Arboleda Gamboa, Clímaco Arboleda Rivas, Apolinar Arboleda, Mariela Arboleda, Nohora Yaneth Arboleda, Dominga Arboleda, Rosalba Arboleda, Alba Arboleda Vallejo (fl. 115-116).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V.) mediante la Sentencia del 25 de septiembre de 2019, declaró la compatibilidad de la pensión de invalidez con las prestaciones económicas que sufraga COLPENSIONES; se declaró que el señor BENITO ARBOLEDA no tiene derecho a la pensión de vejez solicitada, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación; y absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas por el actor (fl. 138-139).

CONSULTA

Como quiera que los apoderados judiciales de los intervinientes en la presente demanda no presentaron recurso alguno y que la sentencia de primera instancia resultó desfavorable al demandante, se procederá a resolver en Grado Jurisdiccional de Consulta, conforme artículo 69 del CPTSS.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegado el proceso a esta instancia, fue admitido; y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, se procedió a correr traslado a las partes para presentar sus alegatos. Vencido el mismo, se allegó memorial en forma electrónica, al respecto:

La parte demandada en síntesis y con fundamento en los artículos 128 de la Constitución Política y 17 de la Ley 549 de 1999 y artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en cuanto principios de universalidad, integralidad y unidad del Sistema, manifestó que en el presente proceso no podría darse el reconocimiento pretendido en cuanto el actor ya disfrutaba de una pensión otorgada por *"la Empresa Puertos de Colombia, la cual era de propiedad estatal, por lo tanto, el origen de los recursos utilizados para financiar la pensión se presume públicos, al igual que los que son utilizados para solventar las pensiones administradas por parte de esta entidad"*.

Grado jurisdiccional de la CONSULTA que pasa a resolver la Sala con fundamento en el principio de la LIBRE FORMACIÓN DEL CONVENCIMIENTO y de la sana crítica de la prueba, contenidos en el artículo 61 del CPTSS, con base en las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolverse se relaciona con el estudio de los requisitos que deben estar satisfechos para acceder a la pensión de vejez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año; previo a la revisión de la compatibilidad de la pensión de invalidez que ostenta el señor BENITO ARBOLEDA, por parte de la Empresa Puertos de Colombia, hoy UGPP, desde el 27 de noviembre de 1981, con la de vejez solicitada, y los efectos normativos y jurisprudenciales que se han adelantado respecto del presente caso.

Sea lo primero señalar, que se encuentra probado que el señor BENITO ARBOLEDA, fue pensionado por la extinta empresa Puertos de Colombia mediante la Resolución No. 003391 de 20 de enero de 1982 (fl. 27-28); situación, por la cual la demandada COLPENSIONES, ha considerado no procedente la concesión de prestación, ante la incompatibilidad de las pensiones, al tener su fuente de financiamiento en recursos públicos.

Así pues, es necesario señalar, que previo a que el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, asumiera las pensiones de vejez, sobreviviente o de invalidez, las mismas corrían a cargo de los empleadores o patronos, quienes las reconocían, de conformidad con la convención colectiva, pacto colectivo o laudo arbitral. Sin embargo, con la finalidad de que tal Instituto asumiera dicha responsabilidad, nació la posibilidad de conjugar las pensiones asumidas por sus empleadores y las que correspondían al Instituto de los Seguros Sociales, creándose las figuras de la compatibilidad y de la compartibilidad pensional, a través del Acuerdo 029 de 1985, para subrogarse en las pensiones de origen convencional³.

Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia T-438 de 2010 señaló que de conformidad con el artículo 18 del Decreto 758 de 1990, esta se da cuando el empleador que otorgó una pensión de jubilación en virtud de una convención colectiva con posterioridad al 17 de octubre de 1985, continua cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta que su trabajador cumple los requisitos exigidos por el ISS para otorgar la pensión de vejez, momento en el cual este último cubre dicha prestación, quedando en cabeza del empleador sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que venía cancelando al pensionado; situación que constituye una protección al monto del ingreso pensional del jubilado por parte de la entidad administradora de tales recursos, salvo que en la respectiva convención colectiva se hubiere dispuesto expresamente que la pensión en ella contenida no sería compartida con el ISS.

Por otra parte, respecto a la compatibilidad pensional, precisó que es el derecho que tiene un pensionado de recibir dos o más pensiones, la extralegal y la reconocida posteriormente por el ISS, cuando un empleador que reconoció una pensión de jubilación convencional o extralegal y, una vez su trabajador cumple con los requisitos de ley, solicita ante la misma la pensión de vejez en razón a que la pensión de jubilación reconocida por el empleador no tiene el carácter de compartida, siendo entonces pensiones compatibles.

Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁴, estableció que las pensiones extralegales otorgadas por el empleador a sus servidores antes del 17 de octubre de 1985 carecían de vocación subrogatoria por el Instituto de Seguros Sociales, ya que corresponden a obligaciones contraídas voluntariamente que no podían gravar la institución de seguridad social; lo cual no ocurre con las pensiones extralegales

³ Sentencia de 12 de abril de 2011, Radicado 44337 M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

⁴ Sentencia del 26 de mayo de 1995, Radicado 7.481 M.P. José Roberto Herrera Vergara

reconocidas después de la aludida calenda, dado que con arreglo a lo dispuesto por los artículos 5 del acuerdo 029 de 1985 y 18 del acuerdo 049 de 1990, las pensiones reconocidas por el empleador en "*convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente*", que se causen a partir de esa fecha, solo eran compatibles con las de vejez a cargo del ISS., si el empleador siguió cotizando hasta cuando el asegurado reunió los requisitos exigidos para acceder a la pensión de vejez de dicho instituto.

En ese orden, no debe dejar de considerarse que lo anterior no excluye que fruto de la negociación colectiva el empleador y la organización sindical, al reconocer una pensión extralegal, antes del año de 1985 hubiesen acordado dada la libertad de estipulación de las partes al reconocer un derecho superior al mínimo de garantías, que la erogación estaría limitada total o parcialmente a que el trabajador adquiriera un mejor derecho ante el sistema pensional del régimen de prima media, en otras palabras que se anticiparan convencionalmente a lo posteriormente indicado en el Acuerdo 029 de 1985, de la misma forma que posterior al año de 1985 hubiesen podido pactar una erogación adicional al tenerla por compatible.

Así las cosas, es necesario que por la parte demandada se hubiese allegado el cuerpo de la Convención Colectiva en que se funda el reconocimiento pensional al actor teniendo en cuenta que fue por efecto de lo indicada en aquella que se reconoció la prestación por invalidez al actor como se observa en la Resolución 3391 de 1982, para de allí poder sostener con plena certeza que existe la compatibilidad de la pensión de invalidez convencional, reconocida por Puertos de Colombia con aquella que por las cotizaciones de aquel empleador se deprecia frente al ISS actualmente COLPENSIONES.

Por otra parte si lo anterior no fuese suficiente debe observarse que de conformidad con lo previsto por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y para el caso de los hombres, para obtener el derecho a la pensión de vejez se requiere acreditar 60 años y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de esa edad.

Se encuentra probado que el accionante nació el 22 de septiembre de 1931 (documento de identidad obrante en expediente administrativo fl. 70), por lo tanto, cumplió los 60 años en esa calenda del año 1991, por ello satisface el requisito de la edad. Sin que además sea aplicable los efectos del acto legislativo 001 de 2005.

En lo que respecta a las semanas de cotización, de conformidad con el registro de semanas o historia laboral actualizada a enero de 2018, visible a folios 70 (Cd expediente administrativo), se tiene que en toda la vida laboral cuenta con 517,14 semanas, las cuales fueron cotizadas desde el 1 de febrero de 1970 al 31 de agosto de 1980; y que en los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, entre el 22/09/1971 y 22/09/1991, alcanzó a cotizar 464,99 semanas, las que no resultan suficientes, para el reconocimiento de la pensión deprecada, bajo la prerrogativa analizada. Igual situación se presenta, frente a los requisitos contemplados en Ley 100 de 1993, toda vez, que la densidad de semanas requeridas para la subvención, no se satisfacen del total cotizado por el actor.

Así las cosas, habrá lugar a MODIFICAR la sentencia CONSULTADA proferida el día 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V.), para en su lugar absolver de todas y cada una de las pretensiones a la entidad demandada. Conforme a lo anteriormente indicado.

COSTAS

Como quiera que el conocimiento del presente asunto devino del grado jurisdiccional de consulta, no habrá lugar a la imposición de costas.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado - artículo 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la Sentencia CONSULTADA proferida el día 25 de septiembre de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V.), siendo demandante el señor BENITO ARBOLEDA identificado con C.C. No. 2.488.652, sucedido procesalmente por los señores Silvia María Gamboa Portocarrera, Zulay Arboleda Gamboa, Clímaco Arboleda Rivas, Apolinar Arboleda, Mariela Arboleda, Nohora Yaneth Arboleda, Dominga Arboleda, Rosalba Arboleda, Alba Arboleda Vallejo, y demandada la entidad ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para en su lugar ABSOLVER de todas y cada de las pretensiones a la entidad demandada conforme a lo anteriormente esbozado.

SEGUNDO. Sin COSTAS en esta instancia, conforme lo indicado

Notifíquese por estado.

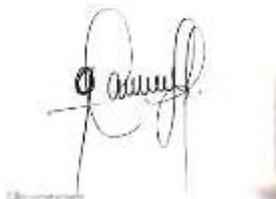
El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

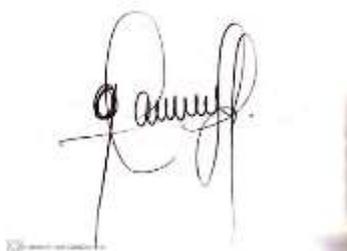
Radicación No. 76-109-31-05-001-2017-00202-01
Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: BENITO ARBOLEDA
Demandado: COLPENSIONES
Asunto: CONSULTA (sentencia)

Estoy de acuerdo con la decisión adoptada, pero me permito aclarar mi voto, reiterando, que por regla general las pensiones extralegales reconocidas con anterioridad a 1985 tienen vocación de compatibilidad y excepcionalmente son compartibles. ¿Ahora, quien tiene la carga probatoria de acreditar la excepción? Cuestión importante para determinar quien asume las consecuencias de no probar. Se indica en el proyecto que era necesario que por la parte demandada se hubiese allegado el cuerpo de la Convención Colectiva en que se funda el reconocimiento pensional al actor teniendo en cuenta que fue por efecto de lo indicado en aquella que se reconoció la prestación por invalidez como se observa en la Resolución 3391 de 1982; sobre esta apreciación considero, que si hubiese carga de Colpensiones, no asumirla no podría derivar efectos adversos a la parte demandante, sino a la demandada.

Sin embargo, como quiera que no fue la demandada quien reconoció la pensión voluntaria, pue no fue su empleador, no era carga de COLPENSIONES aportar la convención, sino de la parte demandante, para acreditar la compatibilidad que pretendía obtener en el juicio laboral.

Por otro lado, también estoy de acuerdo con el análisis respecto de la falta de requisitos para acceder a la pensión del Acuerdo 049 de 1990, ni siquiera aplicando actual criterio de la Corte Suprema de Justicia que permite sumar tiempos públicos no cotizados al ISS para aspirar a la subvención, pues revisado el expediente, ningún documento acredita tiempo de servicios adicionales al cotizado al ISS.

En los anteriores términos rindo mi aclaración de voto



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Radicación No. 76-109-31-05-001-2017-00202-01
Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: BENITO ARBOLEDA
Demandado: COLPENSIONES
Asunto: CONSULTA (sentencia)

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 004 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga**

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

Código de verificación:

53a530c83d6854673d97dbf3ce01d2ae45c6ac3c23dbc14b83ddfdfab32ddb09

Documento generado en 25/09/2020 02:08:17 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-001-2018-00091-01

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: SOIDE VALOY WAITOTO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Asunto: CONSULTA (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, proceden a desatar el grado jurisdiccional de consulta contra de la Sentencia proferida el 21 de enero de 2020 (21/02/20), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura.

ANTECEDENTES

La señora SOIDE VALOY WAITOTO, actuando a través de apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

La demanda anterior tuvo como pretensiones singulares al caso, que se declare que la señora SOIDE VALOY WAITOTO, tiene derecho al 50% de la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente sobreviviente del causante señor FREDDY MINA CAICEDO, quien en vida se identificó con la C. C. No. 16.476.849 expedida en Buenaventura (V); Como consecuencia de la anterior declaración se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar las mesadas pensionales con sus respectivos retroactivos y los reajustes establecidos en la ley dejadas de percibir desde el día 24 de mayo de 2004, fecha en que falleció el señor FREDDY MINA CAICEDO, hasta el momento

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 131 Control Estadística.

en que se incluya en nómina; Que se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a pagar los intereses moratorios de que trata el Artículo 141 de la ley 100 de 1993 por el no pago oportuno de las mesadas pensionales, desde el día 21 de diciembre de 2017, y hasta que se incluya en nómina; Que una vez reconocido el derecho se hagan los incrementos de ley de la mesada pensional (fl.2).

Como recuento fáctico, se tiene que el día 24 de mayo de 2004, en la ciudad de Panamá (Panamá), falleció el señor FREDDY MINA CAICEDO, de conformidad con el registro civil de defunción expedido por la Contraloría General de la República de Panamá; El señor FREDDY MINA CAICEDO, laboró en diferentes empresas pero siempre cotizó en la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, un total de 56,14 semanas entre el 01 de octubre de 1999 y el 01 de enero de 2003; El fallecido en mención hizo vida marital de hecho con la señora SOIDE VALOY WAITOTO, durante más de 6 años hasta el momento de su fallecimiento; de dicha unión marital de hecho entre el señor el señor FREDDY MINA CAICEDO y la señora SOIDE VALOY WAITOTO, resultó la menor MARÍA FERNANDA MINA VALOY, que en la actualidad cuenta con 16 años de edad; Durante toda su convivencia marital la demandante dependió económicamente del señor FREDDY MINA CAICEDO.

El día 21 de diciembre de 2017 la señora VALOY WAITOTO, actuando en causa propia y en representación de su menor hija MARÍA FERNANDA MINA VALOY, radicó ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, solicitud de reclamación de pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente e hija, del señor FREDDY MINA CAICEDO; una vez la entidad encartada valoró todos los documentos aportados por las peticionarias, mediante la Resolución No. SUB 34842 del 06 de febrero de 2018, resolvió negar la solicitud de pensión de sobreviviente argumentando que la señora en mención no logró demostrar la convivencia real y efectiva con el causante FREDDY MINA CAICEDO; Como consecuencia de lo anterior, la demandante presentó un escrito el 08 de febrero de 2018, a través del cual interpone recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la Resolución No. SUB 34842 del 06 de febrero de 2018, el cual fue resuelto mediante Resolución No. SUB 42626 del 19 de febrero de 2018, de manera favorable concediendo el derecho reclamado por la menor MARÍA FERNANDA MINA VALOY, reconociéndole la pensión de sobreviviente en calidad de hija del causante y confirmó en todas sus partes el derecho reclamado por la señora SOIDE VALOY WAITOTO.

Posteriormente, mediante la Resolución No. DIR 4574 del 01 de marzo de 2018, COLPENSIONES resuelve el recurso de apelación interpuesto por la señora SOIDE VALOY WAITOTO, confirmando en todas sus partes las resoluciones antes nombradas con los mismos argumentos esgrimidos previamente (fl.3-4).

Mediante el auto del 8/06/18 el Juzgado admitió la demanda y ordenó notificar a la entidad demandada (fl. 63-64). La entidad COLPENSIONES., dio respuesta a la demanda oponiéndose a todas las pretensiones y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, ausencia de causa para demandar, imposibilidad jurídica sobre lo pretendido (fl. 56 y sig.). El Juzgado a través del auto interlocutorio 271 del 08 de junio de 2018, admitió la contestación a la demanda (fl.45 y vto).

Seguidamente, mediante auto 9/06/19 se dispuso vincular en calidad de excluyente a la menor MARÍA FERNANDA MINA VALOY, a través de su representante legal Soide Valoy Waitoto (fl. 78). Debidamente notificada (fl. 80), se tuvo por no contestada la demanda con auto de 8 de julio de 2019 (fl. 81).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, (V.) el 21 de enero de 2020, dictó la sentencia No. 001, en la que resolvió:

(...) PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, conforme a lo expuesto en la parte motivada de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la señora SOIDE VALOY WAITOTO.

TERCERO: CONDENAR a la demandante señora SOIDE VALOY WAITOTO A pagar las costas procesales a favor DE LA demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", de valor de medio salario mínimo legal.

CUARTO: CONSULTAR la presente decisión, si la misma no es apelada, ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

QUINTO: Por su pronunciamiento en audiencia pública, esta providencia queda notificada en estrados (...).

CONSULTA

Como quiera que los apoderados judiciales, no presentaron recurso alguno y que la sentencia de primera instancia resultó desfavorable a la demandante se procederá a resolver en Grado Jurisdiccional de Consulta, conforme artículo 69 del CPTSS.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta instancia, se dispuso su admisión, así como correr traslado para alegatos de conformidad con el Decreto 806 de 2020, al respecto la parte demandada expresó en síntesis, como razón de su intervención, lo siguiente:

"(...) Acorde al Registro Civil de Defunción, el señor FREDDY MINA CAICEDO, (QEPD), quien falleció el 24 de mayo de 2004, sin embargo, la señora SOIDE VALOY WAITOTO, presentó solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes hasta el día 21 de diciembre de 2017, mediante Radicado No. 2017_13466765, razón por la cual, se hizo necesario realizar una investigación Administrativa con la finalidad de verificar la convivencia efectiva entre la solicitante y el causante, dando como resultado, lo siguiente:

"NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por SOIDE VALOY WAITOTO, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa.

No es posible confirmar la convivencia de la señora SOIDE VALOY WAITOTO y el señor FREDDY MINA, desde el año 1998 hasta el 24 de mayo 2004, fecha de fallecimiento del causante, pues la solicitante no aporta fotografía, pertenencias e información de familiares del causante, las únicas personas que aseguran convivencia son aportados por ella."

CONFORME A LO ANTERIOR, NO ES POSIBLE DETERMINAR DE MANERA EFECTIVA LA CONVIVENCIA ENTRE EL CAUSANTE Y LA DEMANDANTE, DURANTE LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS ANTERIORES AL ÓBITO.

El Juez de primera instancia decidió ABSOLVER a COLPENSIONES, negando el reconocimiento y pago de la pensión incoada en el libelo de la demanda, toda vez que la demandante no cumplió a cabalidad con los requisitos estipulados en la ley 797 de 2003."

Grado jurisdiccional de la CONSULTA que pasa a resolver la Sala con fundamento en el principio de la LIBRE FORMACIÓN DEL CONVENCIMIENTO y de la sana crítica de la prueba, contenidos en el artículo 61 del CPTSS, con base en las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolverse se relaciona con la procedencia del 50% de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora SOIDE VALOY WAITOTO, en calidad de compañera permanente del afiliado bajo los presupuestos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993; previa verificación de la causación del derecho por parte del señor FREDDY MINA CAICEDO.

Del derecho pensional deprecado y su causación. La pensión de sobrevivientes implica abordar el estudio de dos aristas: la primera de ellas, comprobar si el extinto dejó causado el derecho pensional a sus beneficiarios y la segunda si quien o quienes comparecen a reclamar tal prestación, cumplen con los presupuestos legales para ser acreedores de esta.

La primera impone necesariamente verificar, si quien fallece es afiliado o pensionado, puesto que el derecho se causa de manera distinta en ambos eventos, haciéndose indispensable entrar a estudiar si se cumple con las condiciones de la norma vigente al momento del deceso, que en el caso puntual es la Ley 797 de 2003, al haber tenido lugar el hecho de la muerte del señor FREDDY MINA CAICEDO el día 24 de mayo de 2004, tal y como se desprende del Registro Civil de Defunción visible a folio 9 del plenario.

Dicha norma, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, contempla dos hipótesis para este efecto: (i) que el fallecido hubiere cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al deceso (numeral 2º) y (ii) cuando hubiere cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media en tiempo

anterior a su fallecimiento, y no hubiere tramitado o recibido indemnización sustitutiva (Par. 1).

Al respecto, aunque no fue motivo de discusión por la demandada, la Sala advierte que la última cotización realizada por el señor FREDDY MINA CAICEDO, tuvo lugar el 31 de marzo de 2003 alcanzando a cotizar dentro de los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento, esto es entre el 24 de mayo de 2001 y el mismo día y mes del año 2004, más de las 50 semanas exigidas por la norma enunciada, al contabilizarse del reporte de semanas de cotización actualizado a diciembre de 2017 un total de 55.72 semanas en dicho trienio (fls. 25).

Por lo que al tenor del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es requisito suficiente para, al momento del deceso, dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de los beneficiarios que cumplan las condiciones exigidas en la ley. Situación que además se evidenció con la Resolución SUB 42626 de 19 de febrero de 2018, mediante el cual reconoció el derecho pensional de sobreviviente en favor de la menor MARÍA FERNANDA MINA VALOY (fls. 15-19).

Ya en cuanto a la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, alegada por la actora, debe partirse indefectiblemente por la normatividad que regula el caso, que no es otra diferente a la Ley 100 de 1993 en su artículo 47, el cual fue modificado por la regla 13 de la Ley 797 de 2003, al tener origen el hecho generador que es la muerte del afiliado el día 24 de mayo de 2004, como ya se indicó (fl.9).

Los literales a y b de dicha norma regulan la vocación de beneficiaria que tiene la cónyuge o la compañera permanente, la cual está supeditada a que se evidencie que hubo una real convivencia en hogar y familia al deceso del afiliado.

La pensión de sobrevivientes premia de manera destacada la convivencia con el causante, entendiéndose ésta como la voluntad o el ánimo de la pareja de permanecer juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y de conformar una familia o, en caso de separación de facto, de que permanezca el ánimo de colaboración económica, acompañamiento espiritual y auxilio mutuo entre los cónyuges y/o compañeros permanentes.

Por eso, la labor que debe desplegar quien alegue tener la vocación a la pensión por sobrevivencia, no es otra que la de demostrar de manera clara que convivió, en los términos antes anotados, con el afiliado y como la norma exige convivencia, no importa si se dio en el marco de una relación matrimonial o de hecho, pues ambas tienen igual tratamiento por la ley, pudiendo incluso darse una parte, en el marco de una unión de hecho y otra por vínculo jurídico o viceversa.

En el caso puntual, luego de evaluada las pruebas practicadas en el curso del proceso, se colige que la señora SOIDE VALOY WAITOTO, a la fecha del fallecimiento del afiliado contaba con 26 años de edad, como se prueba con el registro civil de nacimiento de la actora (fl. 28), que el 13 de octubre de 2001 nació MARÍA FERNANDA MINA VALOY, hija de la actora y el causante, como consta del registro civil de nacimiento obrante a folio 27; no obstante, lo anterior no se logra acreditar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor FREDDY MINA CAICEDO.

Lo anterior, se desprende de las declaraciones de las señoras YANETH VALOY WAITOTO y NEMCY MINA ANGULO, así como del interrogatorio de parte a la actora, quienes pese a manifestar haber conocido a la señora, SOIDE VALOY WAITOTO y FREDDY MINA CAICEDO, no alcanzan a dar certeza del elemento de la convivencia entre los nombrados; siendo carga de la parte demandante en calidad de compañera permanente, tal y como lo adujo en el hecho tercero de la demanda.

De lo dicho en precedencia, que las declarantes no ofrezcan seguridad y certeza de la subsistencia de una convivencia entre la pareja, tratándose de la compañera permanente. Puesto que ninguno de los comparecientes logró ubicar en el tiempo la prevalencia de los lazos afectivos y ánimo de brindarse apoyo y colaboración, que son efectos propios del núcleo familiar, aunque coinciden en conocer que la pareja procreó una hija, no dicen nada respecto de la convivencia aducida por la demandante.

Las deponentes no respaldaron sus afirmaciones en hechos concretos que permitan verificar la vida en relación bajo el mismo techo, lecho y mesa con el señor FREDDY MINA CAICEDO; ni si quiera una dependencia económica, pues no rindieron mayor información sobre la relación de pareja, a más de saber ciertamente que estos convivieron 6 años, no logran presentar en concreto tal tiempo; incluso la interesada no recuerda los extremos ciertos para la cual adujo convivir en pareja con el señor Mina.

Aunado, a que es extraño que pese a la relación de familiaridad de las deponentes quienes adujeron ser hermana y cuñada de la demandante, fueron limitadas en exponer hechos de la relación de pareja, del lugar donde supuestamente convivían, pues mientras una expresó que Soyde siempre vivió en el barrio Rockefeller, la otra expresó que vivió en el barrio Olímpico, además no manifestaron si quiera haberlos frecuentado; no asistieron las deponente ni al velorio ni al entierro del señor Freddy Mina, desconociendo los lugares donde se realizaron sus exequias, concretamente, no aportaron ningún conocimiento de la relación de pareja, respecto de la convivencia, de quien dependía económicamente, o si era beneficiaria en salud de su compañero permanente, pues varias de estas situaciones quedaron en duda, situaciones que requerían la suficiente explicación probatoria en el proceso, a cargo de la actora conforme artículo 167 del CGP.

Incluso, la declaración de la señora YANETH VALOY WAITOTO, se notó confusa, con actos de nerviosismo, respecto de las preguntas que le realizaron en su testimonio, guardando silencio frente a preguntas concretas sobre la relación de pareja, denotando su desconocimiento frente a ello (min. 34:45 y sig.)

También, expresó la señora NEMCY MINA ANGULO, conocer a la señora SOYDE VALOY WAITOTO, hace 15 años³, lo que ubicado en el tiempo, corresponde a que aproximadamente, se conocen desde el año 2004, sin que pueda resultar acertado, que conozca de la relación de pareja de la cual afirmó una convivencia de 6 años entre Soyde y Freddy, cuando para haber ocurrido ello, debía conocerla al menos desde el año 1998; aunado a que señaló no visitar la pareja, en tanto no tuvo como

³ Para la fecha de la declaración que ocurrió el 21 de enero de 2020.

referirse, respecto de la relación que estos pudieron haber sostenido. (Min. 25:05 y sig.)

Circunstancias, que ponen en duda los dichos de las declarantes; no se logran observar como testimonios que brinden convicción e integridad a todos los hechos manifestados, al resultar contradictorios a la realidad, quedando en duda, la efectividad de la convivencia, pues nada se dijo de ello, no se precisó por la parte demandante, como fueron la supuesta convivencia entre la pareja, al tener la carga de la prueba y ser de su conveniencia el haber esclarecido de manera precisa, sin lugar a duda la conformación de un hogar entre la actora y el afiliado.

Aunado a que las declaraciones fueron contradictorias en indicar el barrio en donde se asevera vivía el causante y la demandante, sin poder sostener y justificar si este fue en el barrio Rockefeller o la Independencia.

Complementa lo indicado, que las declaraciones extra proceso obrantes de folios 29 del plenario, realizadas por YANETH VALOYS GUAITOTO y JOSÉ MIGUEL SUAREZ RIASCOS, ante la Notaria Primera del Circulo de Buenaventura Valle, contienen un relato en texto adaptado para los declarantes que carece de espontaneidad e individualidad frente al hecho que se pretende acreditar a través de cada uno de los nombrados, por consiguiente no aportan credibilidad a sus dichos frente a elemento de la convivencia.

De allí, que no exista prueba de acuerdo con los requisitos del caso enunciados que evidencie una vida marital y convivencia en las condiciones antes anotadas y exigidas por la ley, para efectos de reconocer a la señora SOYDE VALOY WAITOTO como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor FREDDY MINA CAICEDO; por lo tanto, la sentencia proferida el 21 de enero de 2020, ruega su confirmación.

COSTAS

Como quiera que el conocimiento del presente asunto devino del grado jurisdiccional de consulta, no habrá lugar a la imposición de costas.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado - artículo 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

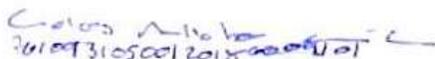
RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V), siendo demandante la señora SOYDE VALOY WAITOTO identificada con cédula de ciudadanía No. 29.122.635 y demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

Notifíquese por Estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 004 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga**

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

Código de verificación:

**c43db15386dd973622a97f18d28955a3f460104392f5173fbe1100892544
16b4**

Documento generado en 25/09/2020 02:08:20 p.m.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-834-31-05-002-2018-00241-01

Proceso: Ordinario Laboral de Única Instancia
Demandante: GUSTAVO BUITRAGO OSPINA
Demandado: COLPENSIONES
Asunto: CONSULTA (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la Sentencia proferida el 25/09/19 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá (V).

El señor GUSTAVO BUITRAGO OSPINA, por conducto de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió en principio al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V) y el cual en atención al Acuerdo N° PCSJA18-11108 de 27 de septiembre de 2018 remitió al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá (V). para su conocimiento.

La demanda anterior tuvo como pretensiones singulares al caso, las siguientes: El reconocimiento y pago de retroactivo de pensión de invalidez, los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Se presentó como recuento fáctico que el actor nació el cinco (5) de julio de 1962, que fue calificado por Colpensiones con una pérdida de capacidad laboral de 51,93% estructuración de 01 de junio de 2017 y origen común, que el 28 de agosto de 2017, presentó reclamación administrativa y mediante Resolución SUB 240952 del 3 de noviembre de 2017 se concedió pensión de invalidez, a partir del 1 de noviembre de 2017, en cuantía de \$739.104, reconocida a corte de nómina. Que EPS CAFESALUD, le generó su última incapacidad médica el día 29 de marzo de 2017, misma que le fue cancelada directamente por su empleador para el mes de marzo de 2017. Que a partir de primero (1) de agosto de 2017, se afilió a MEDIMAS EPS, quien nunca le dio incapacidades médicas. Que el 20 de abril de 2018, presentó reclamación

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 132 - Control estadístico por secretaria.

administrativa solicitando reconocimiento y pago de retroactivo pensional y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no obstante mediante Resolución SUB 138540 del 25 de mayo de 2018, se negó el reconocimiento y pago para indicar que Colpensiones se ha demorado más de término legal para reconocer y pagar las mesadas pensionales retroactivas por lo cual debe de reconocer los intereses moratorios.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá (V.) mediante la sentencia del 25/09/19, concluyó:

"PRIMERO: DECLARAR como probadas las excepciones de fondo denominadas INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO", propuestas por COLPENSIONES, en los términos Indicados en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, parte demandada, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del Sr. GUSTAVO BUITRAGO OSPINA, identificado con C.C. N°. 16698960 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante como parte vencida en favor del fondo demandado, las que se liquidarán por secretaria, Inclúyanse y por concepto de agencias en derecho la sarna de \$200.000.00

QUINTO: CONSULTA. Dado que esta decisión resulta totalmente desfavorable a los intereses del demandante, remítase a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, para que se surta el grado Jurisdiccional de consulta, en los términos de la Sentencia C-424 DE 2015. emitida por la Corte Constitucional. NOTIFICADO EN ESTRADOS"

CONSULTA

Sin recurso alguno y que la sentencia de primera instancia resultó desfavorable a la parte actora se procederá a resolver en Grado Jurisdiccional de Consulta, en cumplimiento de la sentencia C-424 de 2015. Conforme art. 61 del CPTSS, 280 y 281 del CGP según indicación por relevancia.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegado el proceso a esta instancia, fue admitido; y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, se procedió a correr traslado a las partes para presentar sus alegatos.

La parte demandada expresó su desacuerdo en "(...) reconocer el retroactivo pensional pretendido por el señor GUSTAVO BUITRAGO OSPINA, pues si bien es cierto, la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral se determinó a partir del 1° de junio de 2017 y en la resolución SUB246952 del 03 de noviembre de 2017 estableció como fecha de efectividad el 1° de noviembre de 2017, dicho hecho posee sustento legal, obedece a que el demandante no aportó el documento original idóneo e indispensable a fin de dar reconocimiento al retroactivo pensional

solicitado”, al respecto expuso que de conformidad con el artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990 no era posible dar curso al pago pretendido, aunado a no compartir la validez de los soportes de incapacidad emitidos por MEDIMAS, al carecer de fecha y firma del funcionario competente, siendo pertinente el original expedido por tal entidad.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolverse se relaciona con los requisitos que deben estar satisfechos para otorgar la pensión de invalidez y la procedencia del retroactivo e intereses moratorios solicitados en favor del señor GUSTAVO BUITRAGO OSPINA.

Respecto de las contingencias derivadas de la invalidez por riesgo común, el sistema general de pensiones consagró el reconocimiento de la prestación para aquellas personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a saber, (i) ser una persona con invalidez, es decir, sufrir una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) y (ii) haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Antes de la modificación introducida por la Ley 860 de 2003, el requisito mínimo de tiempo cotizado era de veintiséis (26) semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, por su parte el artículo 3º del Decreto 917 de 1999, señala que el momento de estructuración de la invalidez de una persona es *“la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación”*, en similar sentido el artículo 3º del Decreto 517 de 2014.

Las entidades encargadas de calificar la pérdida de capacidad laboral, por regla general han aplicado el precepto anterior haciendo coincidir el hecho incapacitante que puede ser una enfermedad o un accidente de origen común o profesional, con la falta de capacidad laboral.

No obstante, y con relevancia previa y específica a lo expuesto por COLPENSIONES en sus alegatos, la falta de capacidad laboral no siempre coincide con el hecho invalidante, quedando desprotegidas las personas discapacitadas cuyo estado se produjo desde el nacimiento o a aquellas que padecen una enfermedad crónica, congénita, degenerativa y/o progresiva; aquellas a las cuales una aplicación literal del criterio en comento puede no corresponder con el efectivo desempeño laboral. Máxime cuando por ello pese al estado invalidante, realmente laboraron y cotizaron al Sistema General en Pensiones como trabajadores dependientes, o trabajadores independientes.

En sentencia T-485 de 9 de julio de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, la Corte Constitucional después de hacer un recuento sobre la evolución que ha tenido la jurisprudencia de ese órgano de cierre sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez con ocasión de enfermedades crónicas, congénitas, degenerativas y/o progresivas, y teniendo en cuenta que de antaño la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que una persona es invalida *“...cuando no puede obtener los medios necesarios para su subsistencia ejerciendo la actividad*

que habitualmente desempeñaba por la disminución o pérdida de sus capacidades intelectuales y/o físicas.”, estableció que en este tipo de casos, se debe aplicar el principio de la primacía de la realidad, cuando se han continuado haciendo aportes al sistema general en pensiones, a efectos de establecer a partir de qué momento se perdió definitivamente la capacidad laboral, evento en el cual dicho momento se determina con la fecha en que se haya efectuado la última cotización al sistema.

En la sentencia T-483 de 9 de julio de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, se tutelaron los derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social de una persona con discapacidad grave congénita a la que Colpensiones le negó la pensión de invalidez argumentando que la fecha en que se fijó la estructuración de su pérdida de capacidad laboral es concomitante con su día de nacimiento, por lo que no tenía ninguna semana cotizada al sistema de seguridad social en pensiones con anterioridad a la fecha de estructuración.

Así, el alto Tribunal ha considerado que en aquellos eventos en que el juzgador encuentre reunidos los elementos de juicio que le permitan establecer que una persona reúne los requisitos tanto formales como materiales para acceder a la pensión; se aparte de la fecha de estructuración establecida en el dictamen de calificación de invalidez, siempre que encuentre que existen inconsistencias que no permiten establecer con certeza la pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva del afiliado, al no corresponder a la situación médica y laboral de la persona. En tal caso, como señaló en sentencia T-043 de 31 de enero de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva que la fecha de estructuración puede no coincidir con la fecha ficta de estructuración inicialmente fijada por el dictamen que se desvirtúa; siendo incluso posterior a éste último.

Vale la pena advertir que las mencionadas providencias ratifican las sentencias T-561/10, T-671/11, T-427/12, en donde se hizo referencia a la *ratio decidendi* que bien se resume en la sentencia T-070 de 3 de febrero de 2014 al plantear que la fecha de la pérdida de capacidad laboral no siempre coincide con la fecha en que sucede el hecho que a la postre se torna incapacitante, o con el primer diagnóstico de la enfermedad; dependiendo del caso concreto la fecha de estructuración puede ser fijada: (a) cuando se efectúa el dictamen por la Junta Regional de Calificación de Invalidez o (b) cuando la persona deja de laborar”

En el asunto de la referencia se encuentra por fuera de toda discusión el reconocimiento pensional al actor mediante Resolución SUB246952 de 03/11/17 (fl. 11-20) a partir del mes de noviembre de 2017, teniendo como pérdida de capacidad laboral el 51,92% con estructuración de 1/6/17. Tampoco existe discusión que el actor realizó aportes en forma ininterrumpida desde 03/12/82 al 30/09/17 contabilizándose 1492 semanas.

Ha de tenerse en cuenta que mediante Resolución SUB13840 de 25/05/18 (fl.32-36), acto administrativo por medio del cual se niega al actor el retroactivo pensional pretendido si bien se señala "(...) *Que la solicitud de pago de retroactivo no es procedente, teniendo en cuenta que el certificado de incapacidades emitido por MEDIMAS E.P.S., se encuentra sin fecha de expedición y sin la firma del funcionario competente, por tal razón niega el pago de retroactivo pensional, hasta tanto se allegue el certificado de incapacidades donde se evidencie con certeza cuál es la fecha de la última incapacidad reconocida y pagada al asegurado, debidamente firmado por el funcionario competente.*" dicha manifestación administrativa, no se convierte en el único hecho a dilucidar, pues si bien el actor con certificación de

31/7/17 soporta un (1) día de incapacidad (fl.21-22) y aporta la documental solicitada por la administradora en el acto administrativo, se determina que con posterioridad al 01/06/17 (fecha de estatus) no se presentaron nuevas incapacidades para el actor, por lo cual sería factible establecer dicha fecha como la fecha de estructuración, sin embargo al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T- 563 de 4 de septiembre de 2017 M.P Carlos Bernal Pulido, concluyó que *cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita deberá establecer como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que la persona haya perdido de forma definitiva y permanente su capacidad laboral igual o superior al 50% y, a partir de ésta, verificar si la persona que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto.*

En el mismo sentido, la aludida sentencia SU- 588 de 27 de octubre de 2016, citada nuevamente en la T-563 de 2017, señaló que es posible considerar las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez hasta que se acredite la pérdida definitiva de la capacidad laboral residual del afiliado, para lo cual se deberá seguirse la siguiente regla de unificación frente al fondo:

(i) Que la solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, (ii) que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, la persona cuenta con un número importante de semanas cotizadas; y, (iii) que los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, es decir que, en efecto, la persona desempeñó una labor u oficio y que la densidad de semanas aportadas permite establecer que el fin de la persona no es defraudar al Sistema.

De acreditarse todo lo anterior, la Administradora de Fondos de Pensiones deberá elegir el momento desde el cual aplicará el supuesto establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal y como fue modificado por la Ley 860 de 2003. Dicho instante podrá corresponder a la fecha en la que (i) se realizó la última cotización; (ii) la de la solicitud pensional; o (iii) la de la calificación, decisión que se fundamentará en criterios razonables, previo análisis de la situación particular y en garantía de los derechos del reclamante. Es decir que, a partir de dicho momento, realizará el conteo hacia atrás de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores, para determinar si la persona tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Puestas de ese modo las cosas, se debe encontrar otra calenda diferente, cuando se discute acerca de la causación y exigibilidad de la pensión de invalidez, empero esta fecha no puede ser otra que aquella en que efectivamente el demandante no pudo seguir trabajando, al respecto existen documentos que la acreditan fehacientemente, como es la certificación laboral de fecha 20/08/19 obrante a folio 74 expedida por la sociedad Andina de Seguridad del Valle LTDA. (último lugar de prestación de servicios) en la cual se certifica que él actor laboró desde el 01/01/13 hasta el 31/12/17 en el cargo de supervisor control común Buga, por lo que se puede determinar que con posterioridad a la fecha de determinación de estructuración de la pérdida de capacidad laboral (01/06/17) esté debía continuar cotizando de manera ininterrumpida, es decir que a la fecha de emitirse el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral continuaba la vigencia del vínculo contractual,

por tanto la estimación del disfrute de la pensión señalada en Resolución SUB 246952 de 3/11/17 no es ajena a la dogmática aceptada, ya que el actor continuó realizando aportes en pensión posterior a la fecha de la estructuración indicada para la invalidez y bajo ejecución del contrato de trabajo, que incluso trascurrió durante el mes de noviembre de 2017 (fl. 74, .pdf 92) en que COLPENSIONES inició el pago de la mesada pensional, lo que en otras palabras significaría que el señor Buitrago Ospina mantuvo una capacidad laboral residual relevante, tanto para modificar en contrario de los intereses del fondo administrador de pensiones o aseguradora como para el trabajador que pretende una pretérita fecha de exigibilidad en contra de lo reconocido por el respectivo fondo administrador de pensiones, aunado al hecho que la solicitud de reconocimiento tan solo fue presentada el 28/08/17 en radicado 2017_8986653 (fl.11)

Como consecuencia de lo anterior, el momento probable si se tratara de reconocer que el actor dejó atrás su capacidad laboral residual es el retiro efectivo del trabajo, esto es, el periodo octubre de 2017, efectivo a partir del día subsiguiente, empero le resultó en mayor beneficio lo reconocido por la Administradora de Pensiones al 01/06/17, conforme lo dispuesto en el dictamen.

La conclusión, entonces, es que si bien le asiste derecho a la pensión de invalidez al demandante, la cual se encuentra debidamente reconocida, este no puede ser tenido en cuenta en forma tal que genere un mayor pago por la demandada, por tanto las pretensiones derivadas de la declaratoria de la procedencia del retroactivo pensional solicitado como intereses moratorios, se subsumen en la no procedencia de está de conformidad con las razones anotadas.

Todo lo anterior, para concluir que acertó el a-quo al declarar prospera la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por la demandada en relación con el derecho pretendido sobre el retroactivo de la mesada pensional y los intereses derivados de la misma; así se CONFIRMARÁ la sentencia proferida el día 25/09/19 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito (V.), conforme a lo anteriormente esbozado.

COSTAS

Sin COSTAS en esta instancia por devenir del grado jurisdiccional de consulta.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado - artículo 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

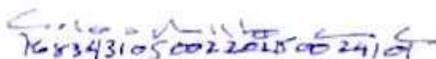
RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el día 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá, siendo demandante el señor GUSTAVO BUITRAGO OSPINA identificado con la C.C. No. 16.698.960 y demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. Sin COSTAS en esta instancia por devenir del grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese por estado.

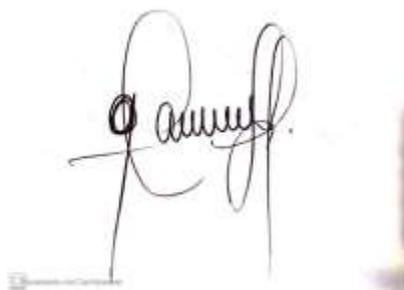
El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE
Salvamento de voto



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 004 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga**

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

Código de verificación:

**fcb78e4dcd3d42177d1e0144e7112a7235a908fe3ff4218e5f697524c64e8f
36**

Documento generado en 25/09/2020 02:08:23 p.m.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Guadalajara de Buga¹. Veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-736-31-05-001-2018-00327-01

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: GRACILIANO GARCÍA PADILLA
Demandado: COLPENSIONES
Asunto: CONSULTA (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la Sentencia proferida el 16 de octubre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá (V).

ANTECEDENTES

El señor GRACILIANO GARCÍA PADILLA, por conducto de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral de Única instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá (V).

La demanda anterior tuvo como pretensiones singulares al caso, las siguientes: El reconocimiento del incremento pensional del catorce por ciento por persona a cargo; intereses moratorios respecto de los valores adeudados e indexación (fl. 13-14).

Como sustento factico dijo, el actor que se encuentra pensionado por COLPENSIONES según Resolución No. 009565 de 21 de mayo de 2002, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990; que es casado con la señora MARÍA BELQUIS MALAGÓN, desde el 24 de septiembre de 1977, persona que depende económicamente del actor, no recibe pensión y viven bajo el mismo techo; que reclamo el incremento el 19 de mayo de 2017, resuelto negativamente por COLPENSIONES (fls. 12-13).

La demanda fue admitida el 5 de febrero de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá (fl. 21).

COLPENSIONES, dio respuesta a la demanda oportunamente según auto del 16 de octubre de 2019, proferido en audiencia pública, presentó excepciones de cobro de lo

¹ Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Bajo directrices de trabajo en casa emergencia Covid19 (Decretos Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, aislamiento preventivo y emergencia sanitaria (Decretos 417, 637, 457, 749, 807 y 1076 de 2020, Acuerdo del CSJ PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 de 2020, entre otros).

² No. 133 - Control estadístico

no debido por inexistencia de la obligación de reconocer el incremento pensional y prescripción.

SENTENCIA DE UNICA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (V.) mediante la Sentencia del 16 de octubre de 2019, absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas por el actor (fl. 42-43).

CONSULTA

Sin recurso alguno y que la sentencia de instancia resultó desfavorable a la parte actora se procederá a resolver en Grado Jurisdiccional de Consulta, en cumplimiento de la sentencia C-424 de 2015.

TRÁMITE EN ESTA INSTANCIA

Allegado el proceso a esta instancia, fue admitido; y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, se procedió a correr traslado a las partes para presentar sus alegatos. Vencido el mismo, la entidad demandada se pronunció al respecto, en síntesis como se cita expresó:

"(...) Como quiera que, de acuerdo a lo visto en el proceso judicial al demandante se le reconoció su derecho a una pensión de vejez a través de la Resolución No. 009565 de fecha 21 de mayo de 2002, al demandante se le reconoció su derecho a una pensión de Vejez, en atención a los postulados incluidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 758 de 1990.

Siendo viable indicar, que los incrementos pretendidos por el actor, se encontraban consagrados en el artículo 21 del decreto 758 de 1990, aprobatorio del acuerdo 049 del mismo año, sin embargo, dicho articulado, no es aplicable al caso del demandante al no haber sido cobijado con dicho régimen pensional.

Adicionalmente a ello, debe resaltarse que la prestación reclamada no se encontraba vigente al momento de adquisición de su derecho pensional, pues cumplió los requisitos para acceder a la pensión con posterioridad al 1º de abril de 1994, y, cuando los incrementos pensionales consagrados en la citada norma desaparecieron de la vida jurídica, por haber sido derogados por disposiciones del artículo 289 de la Ley 100 de 1993.

Que, en los términos del artículo 22 del decreto 758 de 1990, se define la naturaleza de los incrementos pensionales, señalando, que estos no forman parte integral de la pensión de invalidez o de vejez; que son una prestación diferente, y que por ello no es procedente aplicársele el carácter de derecho pensional imprescriptible.

A su turno, se evidencia que el derecho que pretende reclamar el actor, se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción, puesto que el mismo comienza a contabilizarse a "partir de la fecha en que la respectiva obligación

se haya hecho exigible”, esto es, desde el 22 de mayo de 2002, data en la que se reconoció al demandante su derecho a la pensión de vejez, lo que permite inferir que el plazo otorgado por la normatividad sustancial, para su interrupción venció en el mes de mayo del año 2005.

Situación que no ocurrió, como quiera que la reclamación administrativa fue radicada ante la entidad, el 19 de mayo de 2017, data en la cual el derecho ya se encontraba afectado por el fenómeno de la prescripción.”

Por otra parte debe advertirse que en el trámite de instancia se dio curso al saneamiento por posible nulidad, conforme auto del 31/10/19 (fl. 54), sin que las interesadas manifestaron interés procesal al respecto, lo que permitió, en los términos del artículo 137 del CGP (Art. 145 CPTSS), continuar la presente actuación.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolverse se relaciona con la procedencia del incremento pensional del catorce por ciento por persona a cargo en favor del señor GRACILIANO GARCÍA PADILLA, según soporte probatorio del régimen pensional, presupuestos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Atendiendo la disposición derivada del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 del CNSS, la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 29531 de 2007, compilado bajo rad: 47277 de 2018 (Sala de Descongestión) que reiteró radicado 36345, expresó:

“(…) En cuanto a la procedencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, son viables para quienes les fue reconocida la pensión de vejez regulada en el artículo 12 ibidem, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, bien por derecho propio ora por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de ésta. (...)”

Si bien puede considerarse que los incrementos por persona a cargo no se encontrarían vigentes, es de considerar una distinción según la cual la tesis de su vigencia ha sido una interpretación pacífica de la doctrina probable, como antes e indicó y que en sentencia de la H. Corte Constitucional C-390/2014 se expresó la línea jurisprudencial que da relevancia a la interpretación del derecho por corporaciones diferentes a esta alta Corporación.

Al respecto de la Ley 100 de 1993 no podría afirmarse una integralidad del sistema, cuando su artículo 31 incorporó las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de los Seguros Sociales y el artículo 36 permitió la ultraactividad de regímenes normativos anteriores, que como en el caso del artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 han permitido fijar los tiempos de la exigibilidad pensional o como sus artículos 21 y 22 que en virtud del artículo 31 y 36 citados perduraron en el tiempo para pensiones propias de tal régimen amparado en la transición, razones por las cuales una derogatoria requiere ser expresa, por demás que tal normativa, reconoce los incrementos por cónyuge o compañera, hijos menores o inválidos a cargo, dentro de un sistema de reparto y no de ahorro individual, que al no ser configurada como pensión no podría ser susceptible de premisas contra la vigencia de estas últimas y que conservan la lógica de trato igualitario como una erogación mínimamente mayor por razón del núcleo familiar existente con ingresos

únicos por el pensionado, aunado a la remisión del segundo inciso del párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005 a los beneficios pensionales existentes bajo el régimen de transición a las demás normas que lo desarrollen tal régimen.

Por lo anterior y ante la modificación del eje de argumentación jurídica según modificación de línea jurisprudencial por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-140/19 y el criterio reiteradamente sostenido por la Corte Suprema de justicia - Sala De Casación Laboral bajo radicado 53465/17, SL9638/2014, SL1585/2015 y SL2645/2016, como se ha expuesto, implica que al contemplarse por esta Sala lo dispuesto por la jurisdicción ordinaria en cuanto a la interpretación legal y reglamentaria sobre vigencia de los incrementos por persona a cargo, también se consideren los efectos de la prescripción, en forma diferente a obligaciones periódicas, señalados por la esta Corporación, indicando que en sentencia C-836/01 la H. Corte Constitucional también ha exigido la presentación de sólidos argumentos justificativos para apartarse de las decisiones expuestas por la Corte Suprema de Justicia.

La calidad de pensionado se soporta en la Resolución 009565 de 21 de mayo de 2002 (fl. 3), que reconoció pensión de vejez al actor exigible (y no prescrita) desde el 30 de julio de 2001, sin embargo del documento aportado no se desprende bajo que normativa fue concedida la prestación pensional; en el escrito introductorio se indicó como persona económicamente a cargo del pensionado, su cónyuge la señora MARÍA BELQUIS MALAGÓN, con quien contrajo matrimonio el 24 de septiembre de 1977, como quedó demostrado con el registro civil de matrimonio allegado al proceso (fl. 2).

En el presente asunto, encuentra la Sala que pese haberse consolidado la pensión de vejez por el ciudadano GRACILIANO GARCÍA PADILLA, según lo expuesto por el actor³ bajo los presupuestos legales del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con amparo en el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no operar los efectos del desmonte pensional que introdujo el Acto Legislativo No. 01 de 2005, no existen elementos de juicio que conlleven a imprimir vocación de prosperidad a lo solicitado.

Lo anterior, toda vez, que los testigos decretados como prueba no comparecieron a la diligencia en la que se practicarían las mismas, y la parte interesada no concurrió a efectos de absolver interrogatorio, que permitiera demostrar la relación como cónyuges y la dependencia económica. De tal manera que la declaración del nombrado no resulta suficiente para dar por acreditados los supuestos fácticos traídos por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Establecidas las condiciones exigidas por el artículo 21 del referido acuerdo para acceder a dichos beneficios, no quedaron acreditadas a través de prueba recaudada; pues era necesario que las partes y en particular quien pretende que se le reconozca un derecho, cumpliera con el deber legal no solamente de mencionar los hechos constitutivos del mismo, sino también de desplegar todas las acciones con el propósito de probar aquellos supuestos fácticos que los respaldan, toda vez que su incuria, negligencia o pasividad probatoria conducen ineluctablemente al desconocimiento judicial de las pretensiones sin que, en tales eventos, sea función del operador jurídico suplir las falencias u omisiones probatorias en que incurre el obligado en atención a lo dispuesto por el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por analogía a los juicios del trabajo y de la seguridad social. - Artículo 145 del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-

³ Hecho 1 de la demanda (fl. 12)

Así las cosas, habrá lugar a CONFIRMAR la sentencia CONSULTADA proferida el día 16 de octubre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá (V.), conforme a lo anteriormente esbozado.

COSTAS

Como quiera que el conocimiento del presente asunto devino del grado jurisdiccional de consulta, no habrá lugar a la imposición de costas.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado -Art. 295-, sin norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día-.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

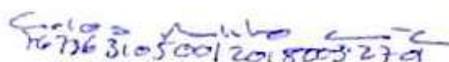
RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la Sentencia CONSULTADA proferida el día 16 de octubre de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá (V.), siendo demandante el señor GRACILIANO GARCÍA PADILLA identificado con C.C. No. 2.627.232 conforme a lo anteriormente esbozado.

SEGUNDO. Sin COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

Notifíquese por Estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: GRACILIANO GARCÍA PADILLA
Demandado: COLPENSIONES
Asunto: CONSULTA (sentencia)

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 004 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:

6a067fcd7c8775cde986d4980fe1605117b93bbc9aa181038ecb7b622d95596

3

Documento generado en 25/09/2020 02:08:27 p.m.