



REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JHONSI LOPEZ RODRIGUEZ
DEMANDADO: EMSERTELBUEN S.A.S Y OTRAS
RADICACIÓN: 76-109-31-05-002-2017-00186-01

Guadalajara de Buga, siete (07) de octubre de dos mil veinte (2020)

AUTO INTERLOCUTORIO No. 81

Mediante auto 554 del 24 de septiembre de 2020, se había dicho que el conocimiento del presente asunto devino del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra el Auto No. 085 proferido el doce (12) de febrero de dos mil veinte (2020) por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle del Cauca, a través del cual se decretaron pruebas en el asunto, también se recordó allí que el reparo del recurrente se centra específicamente en la decisión del juez de librar despachos comisorios a diferentes lugares del país para la recepción de testigos.

Pues bien, por información allegada ante la Secretaría de esta Sala Laboral, el día 17 de septiembre del año que avanza, por parte del apoderado judicial de la codemandada COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP, supo esta colegiatura que dicha entidad había renunciado a la práctica de la prueba objeto de recurso y una vez oficiado el Despacho de conocimiento para corroborar la información, se enteró igualmente, que dicho desistimiento fue admitido, tal como consta en los oficios 324 del 29 de septiembre y 327 del 5 de octubre ambos de 2020.

Conforme con lo anterior, considera esta ponente que para este asunto se hace inane la tramitación de la segunda instancia, habida cuenta que se perdió completamente el objeto del recurso interpuesto sobre el Auto No. 085, por consiguiente, se dará por terminado el trámite en esta instancia y se ordenará la devolución del expediente al Juzgado de origen para que continúe con el trámite normal del proceso ordinario.

De conformidad con el Art.365, numeral 8° del Código General del Proceso, no habrá lugar a condena por o haberse causado.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la suscrita magistrada sustanciadora de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga,

RESUELVE

PRIMERO: DAR POR TERMINADO el trámite del presente asunto en esta instancia por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

TERCERO.- DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle, para lo de su cargo una vez quede en firme el presente proveído.

NOTIFÍQUESE

CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE
Magistrada

Firmado Por:

CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 001 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:

2f474d29b8cf49597150006e02947c57b0b64f2e3861ef60d62d0c34b7a64507

Documento generado en 07/10/2020 02:05:17 p.m.



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

REFERENCIA: APELACIÓN DE AUTO Y DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JAVIER BERNARDO ARANGO RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 76-520-31-05-002-2015-00385-01

Guadalajara de Buga, Valle, siete (7) de octubre del año dos mil veinte (2020)

Atendiendo lo establecido en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020, la Sala Segunda de Decisión Laboral, previo traslado a las partes para las alegaciones finales, procede a **resolver mediante sentencia escrita, el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial de la accionada, en contra del auto por medio del cual se negó la complementación de la sentencia No. 29 proferida el 6 de marzo de 2018 y el presentado por ambas partes en contra de la referida sentencia, proferidas las dos decisiones, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.**

Dentro del término de traslado concedido a las partes para las alegaciones finales, sólo la accionada presentó escrito, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia que absolvió de las pretensiones del demandante y se revoque la decisión de absolverlo en costas procesales; considera acertada la decisión del a quo, de negar las peticiones del demandante, acreditado como quedó que la devolución de saldos le fue cancelada a la hija menor del fallecido y que aquél mayor de 25 años, ya no tenía derecho a ese pago; en cuanto a las costas, considera que, habiendo sido vencido en el proceso el demandante, la decisión de absolverlo por ese concepto debe ser revocada.

En vista que no quedan trámites pendientes, se procede a proferir la

SENTENCIA No. 202

Discutida y aprobada en Acta No. 39

1. ANTECEDENTES y ACTUACIÓN PROCESAL

Pretende el demandante, que se condene al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. – PORVENIR S.A a reconocer y pagar a su favor la devolución de saldos causada con el deceso del señor JULIO CESAR ARANGO, quien era su padre, conforme lo establecido en el artículo 76 de la ley 100 de 1993, además que se pague la suma debidamente indexada, los intereses moratorios y las costas procesales.

Los hechos en que se sustentan las pretensiones pueden leerse a folios 19 al 21 y básicamente señalan, que el señor JULIO CESAR ARANGO falleció el 16 de abril de 2014; que el 9 de abril de ese año, la accionada le había informado que no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y por tanto, la prestación económica procedente era la devolución de saldos; que el 1º de julio siguiente presentó, en su condición de hijo, solicitud para que le cancelaran el valor del saldo, reconocido y no cobrado por su padre y que por tanto, hacía parte de su masa sucesoral; que finalmente y luego de varias peticiones, mediante comunicado del 20 de noviembre de 2014, Porvenir le informó que su petición había sido rechazada porque no acreditaba la condición de beneficiario sin tener en cuenta que lo que había reclamado era la devolución de saldos, que hace parte de la masa sucesoral y por tanto le corresponde a todos los herederos; que tuvo conocimiento que Porvenir le había entregado la referida devolución de saldos a su hermana Daniela Arango Guaza y a la madre de ella, en un 50% para cada una.

Finaliza indicando que lo reclamado no es la prestación consagrada en los artículos 76 o 78 de la ley 100 de 1993; sino la prevista en el canon 66 de la misma obra.

La demanda inicialmente presentada en la ciudad de Cali, fue remitida por competencia a Palmira, correspondiéndole por reparto al Juzgado Segundo Laboral de esa ciudad, que la admitió, mediante providencia del 16 de septiembre de 2015, fl. 30; notificada a la accionada, dio respuesta, oponiéndose a las pretensiones, pronunciándose frente a los hechos y proponiendo como excepciones de fondo las de “prescripción; inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, incumplimiento de los requisitos legales para acceder al pago de la prestación solicitada; falta de legitimidad en la causa por pasiva, falta de legitimación en la causa por activa, pago, compensación, buena fe en la entidad demandada, incompatibilidad entre indexación y los intereses moratorios reclamados y la innominada o genérica (fls. 49 - 51).

Se admitió la respuesta a la demanda y la solicitud de vincular, como Litis consorcio necesario a la señora Luz Mariela Huaza Quiñonez; posteriormente se aceptó también la denuncia del pleito en contra de la misma dama, quien presentó demanda de reconvenición folios 163 a 170, reclamando, entre otros, el 50% de la devolución de saldos que le corresponde en su condición de compañera permanente del causante. La demanda de reconvenición fue admitida y luego del traslado, Porvenir le dio respuesta (fls. 265 y 187 al 196)

Surtido en legal forma el trámite de primera instancia, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira dictó Sentencia No.29 del 06 de marzo de 2018, en la que resolvió ABSOLVER A Porvenir de las pretensiones de la demanda y se abstuvo de imponer condena en costas. (fl. 284).

Los apoderados del demandante y de Porvenir, se mostraron inconformes con el fallo e interpusieron en su contra el recurso de apelación; este último además, solicitó complementación del mismo.

2. MOTIVACIONES

2.1. DEL FALLO APELADO

Como sustento de su decisión, respecto de la primera pretensión señala el juzgador que “no es procedente, porque este despacho no puede desconocer que la demandada PORVENIR S.A ya realizó la devolución de saldos no pagados en vida al señor JULIO CESAR ARANGO SABI...” (Fls 283 y reverso). Al no existir derecho a la prestación, niega también la indexación.

Considera que las pretensiones contenidas en la demanda de reconvenición propuesta por la señora LUZ MARIELA HUAZA QUIÑONEZ en contra de Porvenir, no es objeto del debate procesal y por tanto, no se pronuncia al respecto en el entendido, que la calidad de cónyuge o compañera permanente que exige la accionada para cancelar lo pretendido, ya está siendo analizado en otro proceso que se halla en curso.

2.2. DE LOS RECURSOS

2.2.1. DEL DEMANDANTE

El apoderado judicial del demandante solicita que se revoque la decisión, teniendo en cuenta que el demandante señor JAVIER BERNARDO ARANGO RODRIGUEZ, no está fundamentando su pretensión en el artículo 76 y 78 de la 100 de 1993, sí no que fundamenta su derecho en el artículo 66 de la misma ley, dado que el padre del demandante señor JULIO CESAR ARANGO en vida había solicitado la devolución de saldos, lo cual hace que, ese derecho se convierta en un crédito a favor del demandante haciendo parte de la masa sucesoral, dando derecho a reclamar su herencia. Así las cosas lo que aquí se demanda es la

devolución de saldos que desde el comienzo se constituyó como crédito a favor del señor JULIO CESAR ARANGO quien no alcanzo a cobrar y en tal sentido debe de ser reconocido y pagada la herencia, estando el demandante JAVIER BERNARDO ARANGO RODRIGUEZ dentro del primer grado sucesoral, con base en ello solicita al Honorable Tribunal de Buga que acceda a las pretensiones de la demanda y a los fundamentos ejercidos en las pretensiones y los esgrimidos en la apelación. Lo anterior en contra de la sentencia 29 del 06 de marzo de 2018.

2.2.2. DE PORVENIR

Sustenta el recurso, respecto únicamente a la absolución por concepto de costas procesales, teniendo en cuenta que las normas de procedimiento establecen, que quien pierde la acción debe ser condenado en costas, por tanto solicita del Honorable Tribunal de Buga que revoque la decisión y condene a la parte demandante por ese rubro.

Por otra parte se pide al despacho complementar la sentencia básicamente para que se resuelva la situación de la señora Huaza Quiñonez, señalando:

“El señor JAVIER BERNARDO ARANGO RODRIGUEZ inicio demanda laboral para pretender que el fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A reconociera el porcentaje de la devolución de saldos que la ley tiene estimada para los hijos. Esa acción fue contestada por mi representado y se solicita a la señora LUZ MARIELA HUAZA QUIÑONEZ teniendo en cuenta que ella recibió el 50 % de en calidad de madre de DANIELA ARANGO HUAZA y por ende el despacho, mediante auto visible en folio 138 del expediente dio por admitida y contestada la demanda y se admitió el llamamiento del litisconsorte necesario. Sin embargo la señora LUZ MARIELA HUAZA QUIÑONEZ visible a fls 163 del expediente presentó demanda de reconvencción donde formuló los hechos que pretende y solicita como pretensión, que se condene a Porvenir y en favor de ella a pagar el otro 50% que se encuentra en reserva y se condene también a pagar las costas del proceso.

Esa demanda fue admitida mediante auto N° 963 del 18 de mayo de 2016 (Fls 181) del expediente segundo, se admitió demanda de reconvencción se debe de resaltar que la señora LUZ MARIELA HUAZA QUIÑONEZ solicitó en la demanda pruebas documentales como declaraciones de testigos para demostrar su condición de compañera permanente y que no trajo a esta audiencia esto como indicio grave, ya que no hubiera podido demostrar su condición de compañera permanente del señor JAVIER BERNARDO ARANDO RODRIGUEZ y a pesar de eso el despacho en las consideraciones de la sentencia manifiesta que la demanda de reconvencción no será objeto de debate.

Así las cosas solicitamos de manera respetuosa al despacho que se pronuncie sobre la demanda de reconvencción instaurada por la demandante LUZ MARIELA HUAZA QUIÑONEZ Indicando de manera respetuosa y una vez se evalué las pruebas que presentaron para pretender el derecho, se absuelva al fondo de pensiones de la demanda de reconvencción en caminada al reconocimiento de la devolución de saldos del 50% por cuenta de esta instancia judicial, ya que a pesar de haber decretado las pruebas no se llegó a demostrar la condición de compañera permanente del causante.

Así las cosas se considera que si forma parte del debate probatorio y el despacho se debe de pronunciarse sobre la demanda de reconvencción, indicado en la sentencia que sea de condena o absuelva de las pretensiones allí consignadas.”

El a quo, negó la complementación, indicando que ya se hizo pronunciamiento al respecto y procedió a explicarle a esta Sala, las razones por las cuales no se pronuncia respecto a la demanda de reconvencción:

“Existe otro proceso que hoy cursa en el Juzgado Quinto de Familia y no se ha definido la situación respecto de la condición de compañera permanente de la señora LUZ MARIELA HUAZA QUIÑONEZ con el difunto JULIO CESAR ARANGO.

Entonces como está en curso ese proceso, el despacho no se niega a decidir si se tiene o no derecho, en el entendido que esa discusión se está tramitando en otro sitio y por lo tanto esa condición no ha sido demostrada, y si se absuelve o se condena, se estaría cercenado el derecho, cuando se podría demostrar según pronunciamiento del Juzgado Quinto de Familia que si es o no compañera permanente. Así las cosas, cabría la posibilidad a reclamar su otro 50 %, por eso es que en esta sentencia el juez se abstiene de pronunciarse, porque no podría toda vez que no hay prueba de si es o no es la compañera permanente.”

Indica, que mientras se esté en proceso la demostración de compañera permanente en otro despacho judicial este no se pronunciaría.

Finalmente señala el juzgador que “en esta audiencia solo se decidió respecto del 50% que se entregó a la señora LUZ MARIELA HUAZA QUIÑONEZ como representante de la menor DANIELA ARANGO HUAZA lo demás está en suspenso por decidir. Por lo tanto no se accede a la petición incoada por el apoderado de la parte demandada y deja la sentencia como estaba y no se modifica.”

También contra esta decisión, el apoderado de Porvenir, presenta recurso de apelación, considera que se debió resolver la situación procesal sobre la demanda de reconvenición solicitada por la señora LUZ MARIELA HUAZA QUIÑONEZ en contra de Porvenir respecto del 50% que se encuentra en suspenso de la devolución de saldos por no acreditar su condición de compañera permanente. Considera que al haberse presentado la demanda de reconvenición, en la que se consignaron hechos, pretensiones y pruebas; que se notificó en debida forma y de esa misma forma fue contestada, con oposición de las pretensiones, debió el despacho pronunciarse respecto si le asiste o no el derecho a la señora LUZ MARIELA HUAZA QUIÑONEZ para perseguir el 50%.

Reitera, que la citada señora no hizo comparecer a los testigos solicitados y decretados para que dieran certeza sobre el vínculo con el fallecido JULIO CESAR ARANGO, por tanto al no demostrarse la condición de compañera permanente, no adquirió el derecho al 50% de devolución de saldos.

Solicita que se revoque la decisión del despacho y se ordene dictar sentencia complementaria, para en ese momento, solicitar al despacho se absuelva a Porvenir de las pretensiones de la demanda de reconvenición.

A renglón seguido, el juez vuelve a tomar la palabra para referirse a la segunda apelación; señala una vez más, que el despacho no se pronunció, porque la señora allegó una prueba trasladada de un proceso que está cursando en el Juzgado Quinto de Familia, en la cual se debate esa condición de compañera y, mientras este en trámite este proceso el despacho no se pronuncia y tampoco absuelve a Porvenir porque en caso que la señora no tenga derecho al 50 % entonces deberá de ser entregado a DANIELA ARANGO HUAZA en un 100% por lo tanto el despacho no se pronuncia evitando incurrir en responsabilidad extra penal.

Adicionalmente señala que no se puede dictar sentencia complementaria toda vez que sólo se está resolviendo lo que se pidió inicialmente en la demanda interpuesta por JAVIER BERNARDO ARANGO RODRIGUEZ respecto del 50% que se entregó a la señora LUZ MARIELA HUAZA QUIÑONEZ como representante de la menor DANIELA ARANGO HUAZA lo demás se está en suspenso a decidir.

Dentro del término concedido para alegaciones finales, se recibieron los siguientes escritos...

3. CONSIDERACIONES

3.1. Cuestión preliminar

Lo primero que debe decir la Sala, es que este proceso fue remitido por el fallador de primera instancia con un doble propósito, que se resuelvan los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y de Porvenir en contra de la decisión absolutoria proferida en desfavor del primero y de no imponer condena en costas por parte de este último y; en segundo lugar, para revisar el recurso incoado por el vocero judicial de la accionada, quien pretende que se expida sentencia complementaria por parte del fallador, resolviendo, también en forma desfavorable, la demanda de reconvención presentada por la señora Huaza Quiñonez, para que le fuera reconocida la condición de beneficiaria del afiliado Julio César Arango Sabi y se le cancele el 50% del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del mencionado hombre.

Se resolverá entonces inicialmente lo segundo, por cuanto se prosperar el recurso, el proceso deberá retornar al Juzgado de origen, para que se dé cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 287 del CGP; en caso negativo, se revisarán los argumentos planteados en las apelaciones presentadas en contra de la sentencia No. 29.

3.2. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER

3.2.1. En el recurso de apelación presentado contra la decisión de negarse a proferir sentencia complementaria.

¿Hay lugar a proferir sentencia complementaria, resolviendo desfavorablemente las pretensiones propuestas por la señora Luz Mariela Huaza Quiñonez?

3.2.2. Respecto a la sentencia.

3.2.2.1. Demandante

¿Qué es lo pretendido realmente por el demandante?

¿Tiene derecho a ello?

3.2.2.2. Demandado

¿Tiene derecho Porvenir a que se reconozcan a su favor costas procesales en primera instancia?

3.3. DESARROLLO DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

En cuanto al primer interrogante propuesto, esto es, si hay lugar en este asunto, a proferir la sentencia complementaria que pretende el apoderado de Porvenir, debe la Sala acudir al CGP, toda vez que el tema no se halla regulado en el ordenamiento adjetivo laboral en los términos del artículo 145 de dicha obra.

Entrando en materia, es preciso recordar, que conforme lo establecido en el artículo 287 de la primer obra mencionada, cuando no se resuelve en primera instancia la demanda de reconvención, lo que procede es devolver el expediente al juez para que dicte sentencia complementaria.

*En el presente asunto, ocurre sin embargo, que el fallador se niega a resolver por varias razones, pero, para lo que interesa en estos momentos, el argumento es que **“sólo se está resolviendo lo que se pidió inicialmente en la demanda interpuesta por JAVIER BERNARDO ARANGO RODRIGUEZ respecto del 50% que se entregó a la señora LUZ MARIELA HUAZA QUIÑONEZ como representante de la menor DANIELA ARANGO HUAZA lo demás se está en suspenso a decidir.”***

Revisada tal afirmación, considera esta Colegiatura que el a quo, aunque tardíamente, cayó en la cuenta, que la demanda de reconversión ni siquiera debió ser admitida, por cuanto no se cumplen los presupuestos establecidos en la ley para ello.

En efecto, el artículo 371 de la obra en cita, dispone la procedencia de la demanda de reconversión, “Durante el término del traslado de la demanda, el demandado podrá proponer la de reconversión contra el demandante si de formularse en proceso separado procedería la acumulación, siempre que sea de competencia del mismo juez y no esté sometida a trámite especial”. En el presente asunto, no se cumplen los presupuestos de la norma en cita, habidas cuenta que, quien está facultado para proponer la demanda es el demandado y la señora Huaza Quiñonez no lo es, se la vinculó al trámite procesal en su condición de madre de la menor que ya recibió el 50% de la devolución de aportes, pero no como demandada directa; aunado al hecho, que la demanda de reconversión debe dirigirse contra el demandante y en este caso se propone contra el accionado Porvenir, persona jurídica que tiene el saldo de la cuenta reclamado, es decir, no es el demandante el llamado a responder por las pretensiones de la demanda de reconversión y en tal sentido, esa demanda presentada por la señora Luz Mariela Huaza Quiñonez ni siquiera debió ser admitida.

En este asunto, el señor Javier Bernardo Arango Rodríguez, solicita en la demanda inicial que se condene a Porvenir a reconocer y pagar a su favor, la devolución de saldos no pagados en vida a su padre Julio César Arango Sabi, fl. 18. En los hechos de la demanda, señala que el sustento de su petición no son los artículos 76 o 78 de la Ley 100 de 1993 sino el canon 66 de la misma obra. Es decir, pretende el reconocimiento de un derecho herencial.

En la demanda presentada por la señora Huaza Quiñonez se depreca en cambio, el reconocimiento y pago del 50% que le corresponde en calidad de compañera permanente del causante en mención y que está en suspenso hasta que demuestre su condición de beneficiaria, petición que se realiza en contra de Colpensiones (fls. 163-166).

La señora Huaza Quiñonez, se itera, ni siquiera fue demandada por el actor, como para pensar que contra este se dirige la reconversión, nótese que fue Porvenir, quien en su afán por resolver de una vez, el tema del saldo existente en la cuenta del afiliado fallecido, la vinculó al proceso mediante las figuras de la denuncia del pleito y del Litis consorcio necesario; con el propósito, que en caso que el señor Arango Rodríguez tuviera derecho a la devolución de saldos pretendida, fuera la menor Daniela (sic) o Diana Arango Huaza, representada por la mencionada señora, quien cancelara lo correspondiente (fls. 109-111) o, se itera, se resolviera en ese mismo proceso, el eventual derecho que le correspondiera en la devolución de saldos (fl. 136).

Así las cosas, la decisión del fallador de abstenerse de resolver la demanda de reconversión (tardía porque se repite, ni siquiera debió admitirla), resultó ser acertada y en consecuencia se confirma la misma, pues no era posible en este asunto, atender las pretensiones de la señora Luz Mariela Huaza Quiñonez, situación que deberá ser decantada por la misma señora frente a la entidad accionada, una vez obtenga la decisión del Juzgado de Familia, que estaba en trámite o, acredite ante aquella entidad, con los medios probatorios de que disponga, su condición de beneficiaria del afiliado Julio César Arango Sabi.

Porque es que si bien el fallador de primera instancia se equivocó en su decisión de admitir la pluricitada demanda de reconversión, esa mera decisión no lo obligaba inexorablemente a resolver como al parecer lo entiende Porvenir, unas pretensiones que nada tenían que ver con la demanda inicial y que, no podrían haberse acumulado de haberse presentado en procesos diferentes, frente al tema, ha indicado la jurisprudencia laboral:

“Bastante se ha dicho que el juez no puede de oficio ni a petición de parte revocar, modificar o alterar un auto ejecutoriado, pero también, que el error cometido en una providencia no lo obliga a persistir en él e incurrir en otros, menos, cuando su causa, como en este caso ocurrió, fue precisamente otro

error. Por lo dicho, debe atenderse el aforismo jurisprudencial que indica que ‘los autos ilegales no atan al juez ni a las partes’ y, en consecuencia, apartarse la Corte de los efectos de la mentada decisión”. (AL3859/2017).

Entrando ya en los recursos presentados en contra de la sentencia y, conforme lo hasta aquí dicho, para la Sala, casi que el primer problema jurídico que se extrae de la apelación presentada por el apoderado del demandante ha quedado resuelta.

En efecto, ya se mencionó que la demanda presentada por Javier Bernardo Arango Rodríguez, tenía como propósito que se condenara a Porvenir, a reconocer a su favor, la devolución de saldos no pagados en vida a su padre, el señor Julio César Arango Sabi, fl. 18; petición que se sustenta en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. La norma en cuestión señala:

“Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.”

El sustento de la solicitud, es que esa devolución de saldos, ya había sido reconocida a favor de su padre, que no lo alcanzó a cobrar, toda vez que la muerte se lo impidió, fl. 19.

A pesar de lo sugestiva que resulta ser esa afirmación, parte de un hecho falaz, en realidad de verdad, la entidad no había otorgado, ni dispuesto el pago a favor del causante, de los saldos existentes en su cuenta individual, lo que hizo Porvenir fue resolver en forma negativa la solicitud de la pensión de vejez presentada, indicándole que ante su panorama personal, tenía dos posibilidades, una, acudir a la devolución de saldos¹ o, dos, continuar realizando aportes a efectos de cumplir con los presupuestos establecidos para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Esa es la lectura que debe dársele al documento que obra a folio 8 del expediente y que le sirve de sustento al actor para sus peticiones. Lectura, que él mismo le imprimió pues no de otra manera puede entenderse que haya presentado ante la entidad solicitud para que le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes causada con el deceso de su padre- que no devolución de saldos-, fls. 67 y siguientes, omitiendo informar en ella, la existencia al menos de su hermana menor de edad, Daniela Arango Huaza, reconocida por su padre como su beneficiaria, fls. 68 y 84.

Conforme lo anterior, el actor reclama en este asunto, los saldos existentes en la cuenta individual de su padre, en su condición de heredero, toda vez que según su criterio, al haber sido reconocido dicho derecho y no reclamado, se convierte en masa herencial a la cual tiene derecho.

Petición que carece de sustento, resolviendo de una vez el segundo interrogante, porque ya se indicó, que la referida prestación no fue reconocida, toda vez que la exigencia de la solicitud expresa y escrita del interesado, no pudo ser cumplida porque la muerte se lo impidió.

Resulta en este punto para la Sala, innecesario entrar a revisar si el demandante tiene o no derecho a las prestaciones reconocidas en los cánones 76 y 78 de la Ley 100, atendiendo el principio de consonancia y el argumento presentado por su vocero judicial en el recurso, en el que insiste en la aplicación del precitado artículo 66 de la misma obra.

En cuanto a la apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandada con ocasión a la abstención de condenar en costas a la parte demandante, se precisa, con apoyo en la doctrina

¹ “Previa solicitud expresa y escrita de su parte en dicho sentido”. Fl. 8.

y la jurisprudencia nacional, que las costas constituyen “aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial” y están conformadas por dos rubros: Las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo; pero distintos al pago de los apoderados, es decir, los honorarios, los cuales constituyen la remuneración que corresponde al profesional del derecho por el trabajo desarrollado en el curso proceso y la cual es pactada con su poderdante.

Ahora, las agencias en derecho son un rubro de las costas, cuya tasación se realiza de conformidad con lo indicado en el numeral 4º del artículo 366 del Código General del Proceso, y que corresponden a la compensación que debe realizar la parte vencida por los gastos efectuados por el apoderamiento que tuvo que disponer aquel beneficiado con la decisión y que se vio compelido a comparecer a la jurisdicción contra su voluntad.

Dicho lo anterior, considera la Sala que en este caso, habiéndose resuelto desfavorablemente las pretensiones del demandante, esto es, habiendo resultado vencido en juicio y evidenciando como quedó que Porvenir debió contratar los servicios de un apoderado para que la representara y atendiera su proceso, se debió imponer condena en costas en contra del actor, en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso

Frente a este tema puntual, ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el auto laboral No. 5274 de 2019:

“La condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida y otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones. (CSJ AL3132-2017, CSJ AL3612-2017 y CSJ AL5355-2017)”

Al cumplirse pues lo establecido en la ley y analizado por la jurisprudencia, se atenderá la petición del accionado, en lo que tiene que ver con la absolución por concepto de costas procesales, revocándose el ORDINAL SEGUNDO de la sentencia que se revisa para en su lugar CONDENAR al demandante JAVIER BERNARDO ARANGO RODRÍGEZ a cancelar las costas procesales causadas en primera instancia.

4. COSTAS

En esta sede, a favor de Porvenir y a cargo del demandante, como agencia en derecho se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Liquídense en primera instancia, tal como lo dispone el artículo 366 del CGP.

5. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la DECISIÓN del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira Valle, de no complementar la sentencia identificada con el No.29 del 6 de marzo de 2018, dentro del proceso adelantado por **JAVIER BERNARDO ARANGO RODRIGUEZ** en contra de Porvenir, por las razones anotadas en este proveído.

REFERENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA
RADICACIÓN: 76-520-31-05-002-2015-00385-01

SEGUNDO: *REVOCAR el ORDINAL SEGUNDO de la sentencia en mención, para en su lugar CONDENAR al demandante JAVIER BERNARDO ARANGO RODRIGUEZ a cancelar las COSTAS procesales causadas en primera instancia a favor de PORVENIR S.A. por lo expuesto.*

TERCERO: *CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás.*

CUARTO: *COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de PORVENIR S.A., Se fija como agencias en derecho el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.*

QUINTO: *DEVUÉLVASE a su lugar de origen una vez en firme el presente proveído.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Las Magistradas,



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE
Ponente

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
(Ausencia justificada)



MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR

Firmado Por:

CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 001 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:
27d80be4d49f1bd50c34eccb8eb8862f542841e58c31506f666d8393
6571b731

Documento generado en 07/10/2020 02:57:28 p.m.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

***Referencia: Consulta de sentencia proferida en proceso ordinario
laboral promovido por EDGAR LEMOS contra la ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
Radicación Única Nacional No.76-834-31-05-002-2017-00159-01.***

A los siete (7) días del mes de octubre del año dos mil veinte (2020), se congrega la Sala Cuarta de Decisión Laboral, con el objeto de resolver por escrito el grado jurisdiccional de consulta que obró frente la sentencia absolutoria de primera instancia, conforme a lo reglado en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

SENTENCIA No. 0161

Aprobada en acta No. 028

I. ANTECEDENTES

El señor EDGAR LEMOS, a través de mandatario judicial, demandó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con el fin de obtener el incremento de su mesada pensional desde el 1° de enero de 2004, de conformidad con el IPC certificado por

el DANE; y como consecuencia de lo anterior, el pago de lo adeudado por concepto de reajuste pensional desde el 1° de enero de 2013 en adelante, sobre 14 mesadas pensionales al año; los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas; que en lo sucesivo se mantenga el incremento de la mesada, de acuerdo a la variación del IPC anual; y las costas del proceso -fls. 4 y 5-.

Las anteriores pretensiones se basaron en la facticidad que bien puede compendiarse de la siguiente forma:

El demandante cuenta con 76 años de edad y en el año 2004 la demandada le reconoció pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, con una mesada pensional de \$1.199.417, desde el 1° de enero de 2004; que desde el año 2010 elevó petición a la llamada a juicio, tendiente a, con base en la rentabilidad obtenida en el año anterior, se le reajustara la mesada pensional, petición que no fue atendida favorablemente por PORVENIR S.A., por lo que de haberse atendido positivamente la solicitud, la mesada se hubiese incrementado y actualmente alcanzaría la suma de \$2.129.650 -folio 6 -.

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá (V), mediante auto No. 1972 del 7 de noviembre de 2017 (fl. 50), se dispuso la notificación de PORVENIR S.A., misma que se cumplió, como aparece registrado en el folio 65, allegándose la respuesta que milita

de folios 66 a 83, en la que presentó oposición a las pretensiones del actor, argumentando, entre otros puntos, que el mismo escogió la modalidad de retiro programado, establecida en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, modalidad bajo la cual el asegurado asume los riesgos de extra longevidad y de mercado, *“lo que significa que una supervivencia más allá de las previstas en las tablas de mortalidad que se utilicen para el cálculo de la pensión incidirá negativamente en el monto de la mesada ya que el pensionado asume directamente las variaciones del saldo de su cuenta como consecuencia de sus variaciones del mercado público de valores donde se transan los activos del fondo, lo que implica que la disminución o aumento de la rentabilidad de los recursos que se encuentran en el fondo de pensiones incide favorable o desfavorablemente en el monto de la pensión”*, razón por la cual la entidad, *“debe mantener un control permanente sobre el saldo de la cuenta pensional, para lo cual debe aplicar tablas RV08, tal como lo señala el artículo transcrito.”*

Como excepciones de mérito, la demandada formuló las de prescripción; inexistencia de la obligación, ausencia del derecho sustantivo, carencia de acción, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; pago; compensación; buena fe de la sociedad demandada; y la innominada o genérica.

El 28 de julio de 2019, se realizó la audiencia de trámite y juzgamiento en la que se dictó la sentencia No. 037, en la que concluyó con la siguiente decisión:

PRIMERO: DECLARAR como probadas las excepciones de fondo propuestas por la AFP Porvenir S.A., a través de su representante legal, denominadas inexistencia de la obligación, ausencia del derecho y cobro de lo no debido, conforme lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: ABSOLVER al demandado, AFP PORVENIR S.A., a través de su representante legal, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el Sr. EDGAR LEMOS, identificado con la Cc#. 6.236.972, de Cartago, Valle del Cauca, por las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante como parte vencida, las que se liquidarán por Secretaría, Inclúyanse las agencias en derecho por la suma de \$300.000,00.

CUARTO: 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.”

En sustento a la decisión, el *a quo* argumentó; luego de establecer como problema jurídico, determinar “si al demandante le asiste el derecho al incremento en su mesada pensional reconocida por el fondo demandado, a partir del 01 de enero del 2004 hasta la fecha, incluyendo las adicionales de junio y diciembre con base a la variación del IPC. De comprobarse lo anterior se determinará si el demandante es merecedor del retroactivo causado entre el valor reconocido y el que debió reconocerse respecto a su mesada adicional, así como los intereses moratorios que se hayan comprendido entre el tiempo ya mencionado, previo análisis a la

comprobación de la prosperidad de las excepciones propuestas por el fondo demandado.”

A fin de encontrar solución al problema jurídico planteado, inició el a quo refiriendo que la pensión de vejez causada bajo la modalidad de retiro programado tiene sus propias reglas de cálculo, dependiendo del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado, y para el efecto citó textualmente el artículo 81 de la Ley 100 de 1993.

A continuación se expuso, en la providencia consultada, que para obtenerse el valor de la mesada pensional, en la modalidad escogida por el demandante, se debe dividir el saldo de la cuenta individual del afiliado por el número de años de su vida probable, obteniendo así la primera anualidad de pensión. *“En esas condiciones, habiéndose calculado un monto anual, la pensión mensual sería la doceava parte de esa anualidad.”*

Luego, se soportó lo dicho, en doctrina especializada, según la cual *"el saldo de la cuenta seguirá en la administradora produciendo los rendimientos respectivos. Al año siguiente, se repite la operación anterior y así se calcula la segunda anualidad de pensión. Se procede de la misma manera cada año y así se obtiene la pensión respectiva (...)"* (Gerardo Arenas Monsalve (q.e.p.d.), el Derecho Colombiano de la Seguridad Social).

Concluyó en este sentido el fallador de instancia, que *“el valor de la mesada pensional de un pensionado bajo la modalidad de retiro programado, no depende de la variación porcentual del índice de precios al consumidor, sino que deriva de una operación aritmética propia de la relación contractual previamente pactada entre el afiliado y la AFP”*, citando al efecto concepto de la Superintendencia Financiera identificado con el número 2009003108-001 del 9 de marzo de 2009, según el cual *“el saldo que se encuentre en la cuenta del pensionado puede aumentar o disminuir según las condiciones del mercado, es decir, verse afectado en cualquier sentido por factores exógenos a la misma (precios de mercado de los títulos, volatilidad de la tasa de cambio o extralongevidad (sic) de los beneficiarios o del afiliado), factores que de la misma manera determinan una variación en el monto de la pensión que se percibe.”*

Adujo la primera instancia, que la mesada pensional otorgada bajo la modalidad de retiro programado, contrario a verse afectada por la variación del índice de precios al consumidor, *“puede mutar dependiendo de factores relativos a las dinámicas negociales que sucedan en el círculo del capital individual del afiliado o pensionado”*, a lo que agregó que *“en garantía de la pensión mínima, y previendo el posible riesgo de descapitalización de la cuenta del pensionado, el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, prevé que las AFP “deben controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión pagada bajo tal modalidad, no sea*

inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de Renta Vitalicia". En desarrollo de esta disposición, incluso, al momento de suscribir el contrato de retiro programado el afiliado debe elegir la Aseguradora con la que se contrate la renta vitalicia en caso de que ocurra la entredicha descapitalización."

Al referirse a las pruebas recaudadas, señaló el Juzgado que de acuerdo con los documentos de folios 19 a 21, así como de las propias manifestaciones del demandante, "*se extrae claramente que este se encuentra pensionado bajo la modalidad de retiro programado*", por lo que es claro que la pretensión relativa a que se incrementara la mesada, conforme a la variación anual del IPC, "*no está llamada a prosperar por ser contraria a las condiciones contractuales que suscribió y a lo previsto en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993*", indicando que de concederse la pretensión del actor, se estarían "*afectando sus propios ingresos pensionales, pues, al afectar la fórmula de liquidación de su mesada, indudablemente se afectará el capital de su cuenta individual, dando lugar a una baja en su mesada pensional.*"

Como quiera que la decisión fue totalmente adversa al accionante, se activó el grado jurisdiccional de consulta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; siendo así como ejecutoriado el auto que admitió dicho grado jurisdiccional, se corrió traslado común a las partes para que procedieran a emitir alegaciones de conclusión, conforme al artículo 15

del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio del año 2020; razón por la cual PORVENIR S.A. solicitó la confirmación de *“la sentencia absolutoria de primera instancia de fecha 29 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá, dentro del proceso de la referencia, frente al demandante”*, en atención a que una vez analizadas las pruebas recaudadas *“el a-quo, concluyó de manera acertada que el demandante NO tenía derecho a “incremente la mesada pensional desde el 01 de enero de 2004 hasta la fecha, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE”, por cuanto el despacho no podía desconocer que mi representada había actuado conforme a la Ley, respecto de la modalidad de pensión que había escogido el demandante, la que correspondió la de RETIRO PROGRAMADO”*.

Agregó la demandada en sus alegaciones, que *“Quedó probado dentro del plenario, que dichas mesadas pensionales se han venido ajustando, de conformidad con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, cuando ello ha sido viable, recalculándola con base en el saldo existente en la cuenta de ahorro pensional, para tal fin”*; así como que *“bajo esta modalidad de pensión, el pensionado asume los riesgos de extra longevidad y de mercado, lo que significa, que una supervivencia más allá de la prevista en las tablas de mortalidad que se utilicen para el cálculo de la pensión incidirá negativamente en el monto de la mesada ya que el pensionado asume directamente las variaciones del saldo de su cuenta como consecuencia de sus*

variaciones del mercado público de valores donde se transan los activos del fondo, lo que implica que la disminución o aumento de la rentabilidad de los recursos que se encuentren en el fondo de pensiones incide favorable o desfavorablemente en el monto de la pensión. En estos términos, se concluye ampliamente que al ordenar el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, el cálculo para este tipo de pensión cada año, se tiene que, si mantenemos constante las variables utilizadas como las tablas de mortalidad, el interés técnico y el supuesto beneficiario, por regla general el capital necesario para financiar la pensión disminuye”.

Concluyó la llamada a juicio diciendo que “Reiteramos que, al haber seleccionado el actor, el pago de su pensión bajo la modalidad de retiro programado, descartó la modalidad de pago a la que aplique únicamente incrementos anuales equivalentes al Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, sin contemplar la aplicación del recalcu que ordena el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 ya señalado, siendo la oportunidad para precisar que a la pensión que devenga el actor, SI se le aplica el aumento del IPC, pero al realizar además el recalcu tantas veces señalado, ocurre que, como antes se mencionó, que el monto de la mesada pensional puede variar positiva o negativamente. Así las cosas, carecen de fundamento legal las pretensiones de la demanda, encaminadas a obtener un “reajuste” de la pensión de vejez, que actualmente disfruta el actor, solicitando la aplicación del IPC, por cuanto éste se ha venido aplicando”.

Por su parte, el demandante no presentó alegaciones en esta Sede Judicial.

Con fundamento en los antecedentes narrados, se decidirá la controversia, previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

En consuno con lo reglado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede la Sala a determinar si la pensión por vejez del actor, bajo la modalidad de retiro programado, es susceptible de actualizarse año tras año, con el IPC que certifique el DANE, para así establecer la procedencia del retroactivo que por diferencias pensionales se solicita en el escrito inaugural.

Sobre el punto, conforme a la sentencia T-1052 de 2008 emanada de la Corte Constitucional, todas las pensiones deben someterse a reajuste anual, incluyendo las pensiones del régimen de ahorro individual reconocidas bajo la modalidad de retiro programado, a las que hace referencia el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, deben incrementarse anualmente conforme al IPC; no obstante, dicha decisión no consideró que las pensiones bajo dicha modalidad se encuentran atadas a la rentabilidad acumulada por los fondos privados que las administran, por lo que se entraría en contradicción con el mandato del artículo 81 de la ley

general de seguridad social, si tales prestaciones se sometieran a la variación del IPC anual.

Ya en la sentencia T-020 de 2011, la misma Corte aceptó el riesgo existente de descapitalización de la cuenta de ahorro individual, en caso de someter las pensiones de vejez bajo la modalidad de retiro programado a las variaciones anuales del IPC, empero en la misma providencia, señaló que dicho riesgo no alcanza para eliminar el reajuste de la prestación de manera anual, por lo que llamó la atención, señalando que los afiliados que escojan dicha modalidad, deben estar informados de los riesgos que conlleva su elección, para lo cual las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de comunicar de manera periódica los saldos de la cuenta de ahorro individual a su titular, para que éste tenga la opción de decidir si continúa o se cambia a otra modalidad de pensión.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en su especialidad del trabajo y de la seguridad social, se ha referido, de tiempo atrás, acerca de las características del sistema de seguridad social integral en el subsistema de pensiones, enseñando claramente sobre la existencia de dos regímenes excluyentes como son el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, último sobre el cual fijará la Sala su atención.

En efecto, en el mencionado Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, se presentan en la actualidad siete modalidades principales de pensión, cuales son **i)** Retiro Programado; **ii)** Renta Vitalicia; y **iii)** Retiro Programado con Renta Vitalicia; **iv)** Retiro Programado sin Negociación del Bono Pensional a cargo de la AFP; **v)** Renta Temporal Variable con Renta Vitalicia Diferida; **vi)** Renta Temporal variable con Renta Vitalicia Inmediata; y **vii)** Renta Temporal Cierta con Renta Vitalicia de Diferimiento Cierto a cargo de la Aseguradora.

Así, el artículo 81 de la mencionada ley de seguridad social, define la modalidad de retiro programado; misma que dicho sea de paso; fue la escogida por el actor ante el fondo de pensiones hoy demandado, como se indica en el escrito inicial y se acepta en la contestación del mismo; así como se corrobora con los documentos obrantes a folio 39, 123, 141 y 146, entre otros.

Ahora, frente al pago de la pensión en la modalidad de Retiro Programado, el artículo 2.2.6.3.1. del Decreto Compilatorio 1833 de 2016 determina lo pertinente, así:

“ARTÍCULO 2.2.6.3.1. *Control de saldos en el pago de pensiones bajo la modalidad retiro programado. En los términos del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, las AFP que ofrezcan el pago de pensiones bajo la modalidad retiro programado deben controlar permanentemente que el*

saldo de la cuenta de ahorro individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión pagada bajo tal modalidad, no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de renta vitalicia.

En desarrollo de tal previsión, con sujeción a lo previsto en el capítulo 2 del título 6 de la parte 2 del libro 2 del presente decreto, y normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan, el afiliado informará por escrito a la AFP en el momento de iniciar el retiro programado, la aseguradora con la cual esta deberá contratar la renta vitalicia en caso de que el saldo no sea suficiente para continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad retiro programado, sin perjuicio de que su decisión pueda ser modificada posteriormente. En todo caso, la administradora contratará con la última aseguradora informada por el afiliado.

La AFP deberá informar al pensionado con por lo menos cinco (5) días de anterioridad a la adquisición de la póliza, sobre la necesidad de continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad renta vitalicia, así como las nuevas condiciones de pago de la misma.

En todo caso deberá incorporarse en el contrato de retiro programado o en el reglamento respectivo, una cláusula que aluda al artículo 81 de la Ley 100 de 1993, el cual especifica que el saldo de la cuenta individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión bajo esta modalidad, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, indicando que por tal razón, en el momento en que el saldo deje de ser suficiente, deberá adquirirse una póliza de renta vitalicia.

PARÁGRAFO 1º. *Si el saldo final de la cuenta individual fuese inferior a la suma necesaria para adquirir una renta vitalicia y la AFP no tomó en su oportunidad las medidas necesarias para evitar esta situación, la suma que haga falta será a cargo de la AFP, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento a un deber legal.*

PARÁGRAFO 2º. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio de resolución, y previa consulta con la Superintendencia Financiera de Colombia, fijará las fórmulas matemáticas a emplear por*

las AFP para establecer si un afiliado puede contratar un retiro programado de acuerdo con los parámetros empleados para calcular el saldo de pensión mínima que se describen en el artículo 2.2.5.5.1 del presente decreto”.

Dado lo anterior, se ha considerado que la modalidad de pensión que rige la prestación del accionante, excluye lo preceptuado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que a la letra refiere:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.*

PARÁGRAFO. *<Parágrafo modificado por el artículo 138 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno nacional podrá establecer mecanismos de cobertura que permitan a las aseguradoras cubrir el riesgo del incremento que podrían tener las pensiones de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia diferida de que tratan los artículos 80 y 82 de esta ley cuando el aumento del salario mínimo mensual legal vigente sea superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística para el respectivo año. El Gobierno nacional determinará los costos que resulten procedentes en la aplicación de estos mecanismos de cobertura. El Consejo Superior de Política Fiscal (Confis) otorgará aval fiscal para estas coberturas.”*

De esta forma; como lo ha explicado la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia; la cual sigue los postulados de la Sala de Casación Laboral de

la misma Corporación; en sentencia SL3898 de 2019, radicado 72439, de fecha 10 de septiembre de 2019; “*La rentabilidad mínima no implica, en el modelo de la Superintendencia Financiera, obligatoriamente el incremento del saldo de la cuenta pensional que daría lugar al aumento del valor de la pensión, pues ésta solo impide la pérdida del capital que no de los rendimientos que son sujetos de la volatilidad del mercado bursátil cuyo riesgo asumió el afiliado al contratar dicha modalidad, pero a la cual no está ligado irrevocablemente, pues en cualquier momento puede acceder a otra de las modalidades existentes – generalmente la renta vitalicia-, conforme a sus capacidades y necesidades*”; citando a su vez sentencia SL2645 de 2016.

Agregó la Corte Suprema, en la sentencia a la que se hace referencia, que “*la modalidad de retiro programado se encuentra prevista en el ordenamiento colombiano, con unas características, derechos y deberes para las partes (AFP y afiliado), que no pueden ser desconocidas hasta tanto se declare la inexecutable de la norma, que ha sido parcialmente estudiada ya en sede de constitucionalidad, sin que tal pronunciamiento se diera (CC C-086-2002), darle una connotación diferente sería violentar el ordenamiento jurídico cuya legalidad está llamada la Corporación a defender y mantener la orden de incremento de pensión con base en el IPC, redundaría en un perjuicio y no en un beneficio para el pensionado, pues como arriba se reseñó, su cuenta individual ya no está en etapa de nutrición, sino de*

extracción de recursos, lo que conllevaría a que más temprano que tarde, su pensión se reduzca al salario mínimo, oficiosamente, posibilidad que se encuentra contemplada en el inciso 4º, artículo 12 del Decreto 832 de 1996 y en los incisos 3º y 4º, artículo 81 de la Ley 100 de 1993, que constituyen la garantía que estableció el legislador de que la pensión no se extinguirá dejando al pensionado y a sus beneficiarios eventuales, totalmente desprotegidos.”

Concluyó la Corte, que “conforme lo hasta aquí analizado, no existe razón legal para entender que las pensiones pactadas en la modalidad de retiro programado tengan que ser reajustadas con base en el IPC, cuando su reglamentación no lo establece.”

De esta forma, fuerza la confirmación la decisión de primera instancia; sin condena por concepto de costas, en virtud al grado jurisdiccional de consulta que se desató.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia número 037, proferida el 26 de julio de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá, Valle del Cauca.

SEGUNDO: SIN COSTAS en consulta.

Comuníquese y Notifíquese esta sentencia por inserción en estado electrónico, conforme a lo previsto en el artículo 9° del Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020.

Los Magistrados,



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Ponente



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

Firmado Por:

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 003 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:

82f1b34b335aa8edb647d74899075f8acb9b2e143f77cdb8
23c5a367b946ba83

Documento generado en 07/10/2020 02:42:41 p.m.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REFERENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA PROFERIDA EN PROCESO ORDINARIO DE
LINA FERNANDA ARANGO MARTINEZ CONTRA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS – PORVENIR S.A.
RADICACIÓN ÚNICA NACIONAL No. 76-520-31-05-003-2017-00512-02

A los siete (7) días del mes de octubre del año dos mil veinte (2020), se congrega la Sala Cuarta de Decisión Laboral, con el objeto de resolver por escrito el recurso de apelación incoado por la parte demandada, de cara a la sentencia condenatoria de primera instancia, conforme a lo reglado en el artículo 15 del Decreto 806 de junio de 2020.

SENTENCIA NÚMERO No. 0162

Aprobada en acta No. 028

ANTECEDENTES

La señora LINA FERNANDA ARANGO MARTÍNEZ, actuando en nombre y en representación de su hijo menor JUAN JOSÉ GUE ARANGO; a través de apoderada judicial demandó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PORVENIR S.A., para obtener el reconocimiento y pago del 100% de la pensión por sobrevivencia causada por la muerte del señor OSCAR EDUARDO GUE CAJIAO, padre del menor citado, cuyo óbito ocurrió el 26 de mayo de 2012, el retroactivo pensional que corresponda, las mesadas adicionales, los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y las costas del proceso -fl. 21-.

Los hechos fundamento de la demanda expresan que el señor OSCAR EDUARDO GUE CAJIAO estuvo afiliado a la demandada, amparando el riesgo de muerte, teniendo como último empleador a la empresa AGROPECUARIA DE OCCIDENTE S.A.; que el 26 de mayo de 2012 el afiliado en mención falleció en el Corregimiento El Bolo del municipio de Candelaria (V); que la demandante, en condición de madre del hijo del causante, reclamó ante PORVENIR S.A., con fecha 17 de septiembre de 2013, la pensión por sobrevivencia a favor del menor, petición que fue negada bajo el argumento que el derecho se suspendía hasta tanto no se presentara sentencia judicial que declarara la unión marital de hecho entre los padres del menor beneficiario; que ante la demandada se presentaron, el 22 de septiembre de 2016, certificados de periodos de vinculación por bonos pensionales expedidos por la Policía Nacional, en los que se da cuenta de que el causante estuvo afiliado a la institución del 24 de noviembre de 2009 al

23 de agosto de 2011, como Auxiliar de Policía; y con fecha 17 de noviembre de 2016, PORVENIR S.A. informó a la actora que no se encontraba acreditada la cotización mínima de cincuenta -50- semanas en los últimos tres -3- años de vida del afiliado, anteriores a su deceso, por lo que se ratificó la negación del derecho a favor del hijo del causante -fls. 20 y 21-

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira (V), mediante proveído del 12 de diciembre de 2017 admitió la demanda, y corrió traslado de la misma (fls. 27 y 34), obteniéndose respuesta de la demandada, en la que se opuso a las pretensiones, al considerar que *“La afiliación del señor OSCAR EDUARDO GUE CAJIAO (...) se hizo efectiva a partir del 01 de octubre de 2011, como afiliación inicial al sistema general de pensiones, la cual se hizo efectiva a partir del 02 de octubre de 2011”*, agregando que al momento del deceso, el afiliado contaba con 33.85 semanas cotizadas dentro de los tres -3- años anteriores a la muerte, por lo que los requisitos para dejar causado el derecho pretendido no se cumplieron -fls. 35 a 49-.

Consecuentemente propuso como excepciones de mérito, las denominadas prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción y falta de acreditación de los requisito legales para acceder a la pensión de

sobrevivencia, compensación, buena fe de la entidad demandada, y la innominada o genérica.

En audiencia de trámite y juzgamiento verificada el 11 de marzo de 2019, se profirió la sentencia No. 021, en la que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira (V), declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes deprecada a favor de JUAN JOSÉ GUE ARANGO en calidad de hijo del causante OSCAR EDUARDO GUE CAJIAO, a partir del 26 de mayo de 2012, *“mientras se mantengan las circunstancias y se cumplan los requisitos que dan lugar al derecho legalmente”*; así como a pagar intereses moratorios desde la fecha del deceso del señor GUE CAJIAO.

Como argumentos de la decisión, el a quo estimó reunidos los requisitos de ley necesarios para otorgar el derecho pretendido en la demanda, desechando las argumentaciones expuestas por la traída a juicio para negar administrativamente el derecho pensional.

Ante la condena impuesta a PORVENIR S.A., la decisión fue por ésta apelada, con sustento en que el afiliado no dejó causado el derecho a la pensión de sobreviviente, pues al momento de su

deceso no contaba con mínimo cincuenta -50- semanas cotizadas o aportadas en los últimos tres -3- años de vida.

Frente al hecho que el a quo consideró el tiempo servido por el causante como auxiliar de la Policía Nacional, a efecto de completar el tiempo de cotización exigido por la norma, dijo el recurrente que el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, citado por el funcionario instructor, no consagra la prerrogativa otorgada por la primera instancia a quien presta el servicio militar obligatorio, respaldando su posición en sentencia del Consejo de Estado 43383 del 2 de mayo de 2012, providencia que indica que ese tiempo de servicio militar prestado no se puede computar a las semanas a computar en el RAIS a efecto de otorgar pensiones, pues se aplica solamente para el caso de pensiones de jubilación a cargo del Estado.

De la misma forma, solicitó el alzado se revoque el numeral quinto de la parte resolutive del fallo de primera instancia, el cual impuso condena por intereses moratorios, toda vez que PORVENIR S.A. no ha incurrido en mora alguna frente al extremo demandante.

De otro lado, adujo el recurrente que en caso de confirmarse la condena, la Sala deberá ordenar el descuento de los aportes en salud sobre el retroactivo pensional que proceda, lo cual no fue

objeto de pronunciamiento por parte del Juzgado; todo ello conforme a la lo dispone la ley; que asimismo, deberá declararse la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 3 de noviembre del año 2014, como quiera que la demanda solicitando el reconocimiento del derecho pensional, fue incoada el 3 de noviembre de 2017.

Ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación y corrido el traslado que ordena el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del año 2020, con el fin que las partes presentaran alegaciones en segunda instancia, la parte demandada y recurrente indicó que *“el causante NO dejó radicado en cabeza de sus potenciales y presuntos beneficiarios, el derecho a percibir la pensión de sobrevivencia que se ordenó reconocer en la primera instancia, por cuanto, durante el período comprendido entre el 26 de mayo de 2009 y el 26 de mayo de 2012, es decir, dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento, no cotizó el número mínimo de cincuenta (50) semanas, requeridas para causar el derecho en sus potenciales beneficiarios”*; agregó la recurrente que *“No se podía sumar como lo hizo el a-quo, los presuntos tiempos por haber estado vinculado el causante como auxiliar de la Policía Nacional, lo cual no era viable, toda vez que el literal a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993”* no consagra dicha posibilidad.

Por su parte la actora, no recurrente, adujo que se reunieron todos los presupuestos de ley para reconocer las pretensiones de la demanda, por lo que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en su integridad.

Así las cosas, pasa la Sala a decidir lo que legalmente corresponda, previa cita de las siguientes

CONSIDERACIONES

Corresponde al Tribunal establecer, si en el presente proceso, el causante OSCAR EDUARDO GUE CAJIAO dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor del menor JUAN JOSÉ GUE ARANGO, hijo suyo y de la señora LINA FERNANDA ARANGO MARTÍNEZ y de proceder la prestación, se abordaran las quejas relativas a los intereses moratorios y los descuentos por salud.

Como primera medida importa mencionar, que la pensión por sobrevivencia viene a ser la remuneración periódica que comenzarán a percibir o continuarán percibiendo los miembros del grupo familiar del fallecido o pensionado por vejez o invalidez por riesgo común, asimilándose a un seguro de vida a

favor del cónyuge o compañero sobreviviente y de los hijos, en caso de muerte del aspirante a pensionado o pensionado

La Ley de seguridad social integral, ha sufrido importantes modificaciones a raíz de la expedición de leyes como la 797 de 2003 y la 860 de 2003, las cuales introdujeron cambios trascendentales en la normatividad inicial, en particular sobre el tema bajo estudio, puesto que se modificaron el monto de semanas y el tiempo de afiliación mínimo para hacerse acreedor de dicha prestación.

Así, al revisar el expediente se advierte que el señor OSCAR EDUARDO GUE CAJIA falleció el 26 de mayo de 2012, como se observa del registro civil de defunción de folio 7, fecha para la cual ya se habían surtido las mentadas modificaciones; por tanto, aplicando la regla jurisprudencial que dice que las pensiones se rigen por la ley vigente al momento de su surgimiento; al haber fallecido el afiliado en el año 2012, estando vigente para ese entonces la Ley 797 de 2003, el derecho a la pensión por sobrevivencia surgió desde ese momento y por tanto, se debe regir por los lineamientos de dicha reforma o modificación al estatuto de seguridad social en materia de pensiones.

En efecto, en relación con la pensión por sobrevivencia, disponen los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“Art. 46. *Tendrán derecho a la Pensión de Sobrevivientes:*

1. *Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*

2. *Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:*

a) *<Literal INEXEQUIBLE>*

b) *<Literal INEXEQUIBLE>*

PARÁGRAFO 1o. *Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.*

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez”.

“Art. 47. *Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento*

del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) <Apartes tachados **INEXEQUIBLES**> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno;~~ y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, ~~esto es, que no tienen ingresos adicionales,~~ mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

En relación con el contenido del artículo 46 de la mentada Ley 797 de 2003, en lo referente al número de semanas mínimas de cotización exigidas para dejar causado el derecho pensional *-50 en los últimos 3 años anteriores al deceso-*; se tiene que al verificar la historia laboral del señor GUE CAJIAO, (fl. 19), se encuentra un total de aportes causados al sistema general de pensiones; a través de la administradora PORVENIR S.A., entre el mes de octubre de 2011 y el mes de mayo de 2012; de *237 días que equivalen a 33,85 semanas*; en tal circunstancia, la prestación deprecada no se habría causado, conforme a los lineamientos de la norma aplicable al caso.

Sin embargo, a folio 16 milita certificado de información laboral, en el que la POLICIA NACIONAL informa que el señor OSCAR EDUARDO GUE CAJIAO, estuvo vinculado a la institución como AUXILIAR DE POLICÍA durante el periodo del 24 de noviembre de 2009 al 23 de agosto de 2011, lo que traduce un tiempo total de 630 días que equivalen a 90 semanas.

En relación con las prerrogativas que conlleva el prestar el servicio militar obligatorio, se tiene que las mismas están consagradas en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, que determinaba:

“ARTÍCULO 40. AL TERMINO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

a. En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley.

b. <Literal INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. Cuando el bachiller, haya sido admitido en la universidad pública o privada, éstas tendrán la obligación, en caso de prestar el servicio militar, de reservar el cupo respectivo hasta el semestre académico siguiente al licenciamiento.

c. Cuando termine estudios universitarios o tecnológicos en Colombia o en el exterior previa convalidación, será eximido de la prestación del 50% del tiempo del servicio social obligatorio de acuerdo con el respectivo programa académico para la refrendación del título profesional, con autorización del organismo competente.

d. <Literal INEXEQUIBLE>

e. Cuando se haya distinguido por sus cualidades militares, podrá ser becado en las escuelas de formación de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

f. Las entidades o empresas oficiales, compañías de seguridad y vigilancia, Aduana Nacional y resguardos de rentas o similares, darán prioridad de empleo a los reservistas de primera clase, sin perjuicio de las normas especiales de ingreso que rijan en cada entidad.

g. Las becas y préstamos que otorguen las instituciones o entidades oficiales, para estudiantes que cursan estudios universitarios, se otorgarán con prelación a quienes hayan prestado el servicio militar.

PARÁGRAFO 1o. El Icetex creará una línea especial de crédito para los soldados bachilleres que ingresen a las universidades.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional creará una línea especial de crédito de fomento a largo plazo, con el objeto de propiciar el regreso a la actividad agropecuaria de los soldados campesinos en el fomento de formas de

economía solidaria, tales como microempresas entre quienes prestaron el servicio militar.

h. Cuando un soldado, en cumplimiento de su deber, reciba lesiones permanentes que le impidan desempeñarse normalmente, el Estado tiene la obligación de darle una capacitación que elija hasta el grado profesional de instrucción. La obligación del Estado cesará cuando el beneficiario rechace el ofrecimiento o cuando se deduzca su desinterés por su bajo rendimiento.

PARÁGRAFO. *El Estado le pagará una asignación mensual equivalente a un salario mínimo mensual legal por el tiempo que dure desempleado. Esta obligación cesará cuando el Estado lo incorpore laboralmente o cuando el ofrecimiento sea rechazado sin justa causa por el beneficiario.”*

La anterior disposición fue derogada por la Ley 1861 de 2017, la cual en lo atinente a los beneficios, dispuso en su artículo 45:

“ARTÍCULO 45. DERECHOS AL TÉRMINO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR. *Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:*

a) En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez, pensión de invalidez, asignación de retiro y prima de antigüedad en los términos de la ley.

Los fondos privados computarán el tiempo de servicio militar para efectos de pensión de jubilación de vejez y pensión de invalidez;

b) Cuando el ciudadano haya sido admitido en instituciones públicas y privadas para adelantar estudios universitarios, tecnológicos y técnicos, en caso de prestar el servicio militar, las instituciones tendrán la obligación de reservar el cupo respectivo hasta el semestre académico siguiente al licenciamiento;

c) Cuando el ciudadano haya prestado el servicio militar obligatorio y haya sido admitido en las Escuelas de Formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, podrá acceder a un descuento del 30% sobre la matrícula financiera;

d) Las Escuelas de Oficiales de la Fuerza Pública admitirán mínimo el 30% del personal a incorporar a quienes hayan prestado el servicio militar, siempre y cuando reúnan el perfil requerido para ingresar;

e) El Ministerio de Defensa Nacional podrá celebrar convenios con las instituciones de Educación Superior, que permitan al reservista, adelantar estudios profesionales, tecnológicos y técnicos profesionales con un descuento sobre el valor de la matrícula durante toda la carrera, en programas académicos que definan las instituciones;

f) A los soldados, infantes de marina, soldados de aviación y auxiliares de policía o del Cuerpo de Custodia, que al término del servicio de manera facultativa opten por adelantar una formación técnica laboral, podrán ser vinculados al Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), en aprovechamiento a los convenios existentes con el Ministerio de Defensa Nacional;

g) Autorízase al Gobierno nacional para que a través del Icetex cree una línea de crédito educativo para reservistas de primera clase. En los casos que aplique, este beneficio no será acumulativo con la Ley 1699 de 2013;

h) El Gobierno nacional creará una línea especial de crédito de fomento a largo plazo, con el objeto de propiciar el regreso a la actividad agropecuaria de los soldados, infantes de marina, soldados de aviación, auxiliares de policía y auxiliares del Cuerpo de Custodia del Inpec provenientes de áreas rurales para el fomento de formas de economía solidaria, tales como microempresas entre quienes prestaron el servicio militar;

i) La condición de reservista de primera clase será incluida como criterio de priorización y/o desempate en la selección de beneficios de programas o políticas de generación de empleo y promoción de enganche laboral. Así mismo, tendrán prelación para acceder a cursos de capacitación en el marco del Servicio Público de Empleo”.

Ahora, la misma ley en comento, indica con claridad que el servicio militar obligatorio puede prestarse como Auxiliar en la Policía Nacional, así se dispone en su artículo 15:

“ARTÍCULO 15. PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. *El servicio militar obligatorio se prestará como:*

a) Soldado en el Ejército;

b) Infante de Marina en la Armada Nacional;

c) Soldado de Aviación en la Fuerza Aérea;

d) Auxiliar de Policía en la Policía Nacional;

e) Auxiliar del Cuerpo de Custodia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

PARÁGRAFO 1o. Las personas que presten el servicio militar obligatorio como Auxiliar del Cuerpo de Custodia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), previo convenio entre los Ministerios de Defensa Nacional, de Justicia y del Derecho y el Inpec, se regirán por las disposiciones de esta ley y las demás aplicables al servicio militar en Colombia.

PARÁGRAFO 2o. El personal de que trata el presente artículo, prestará su servicio militar obligatorio en las áreas geográficas que determinen cada Fuerza y la Policía Nacional”.

Sobre la prerrogativa que atañe a que el tiempo de servicio militar obligatorio, puede computarse para efectos de pensión, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL11188-2016, con radicación 47354 del 3 de agosto de 2016, enseñó:

“El tiempo de servicio militar obligatorio en el sistema general de pensiones con la intención de estimular e incentivar el cumplimiento del deber ciudadano de prestar el servicio militar obligatorio¹, la L. 48/1993 estableció una serie de beneficios y privilegios en favor de los jóvenes que prestaran este servicio. Dentro de estas ventajas, se dispuso en el literal a) del art. 40 de esta ley que el tiempo de servicio militar obligatorio sería computado para efectos de la «pensión de jubilación de vejez».

La anterior previsión no genera mayores discusiones en la jurisprudencia del trabajo, en tratándose de pensiones de jubilación o de vejez, al punto que esta Corporación ha aceptado que el tiempo del servicio militar obligatorio debe tenerse en cuenta para las pensiones de jubilación de las leyes 33/1985 y 71/1998. De igual modo, su convalidación ha sido

admitida para la pensión de vejez de la L. 100/1993, en el entendido que el sistema integral de seguridad social posibilita «que ese tiempo sea computado en cualquiera de los dos regímenes previstos en la Ley 100, siendo de cargo de la entidad pública respectiva o de la Nación según el caso, el traslado de los recursos necesarios para convalidar esos tiempos frente a la seguridad social de conformidad con la ley, es decir, mediante la expedición de un bono o título pensional» (CSJ SL, 19 oct. 2011, rad. 41672; CSJ SL, 21 mar. 2012, rad. 42849).

*Sin embargo, habida cuenta que la redacción de la norma en cita, prima facie, limita su ámbito de actuación a la «pensión de jubilación de vejez», **surge la duda respecto a si el tiempo de servicio militar obligatorio es computable para otros efectos pensionales distintos de la jubilación o vejez, por ejemplo, para prestaciones de sobrevivencia, como acontece en este asunto.***

En aras de dilucidar este problema, es oportuno recordar, en primer lugar, que la L. 48/1993 fue concebida con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social. Por esta razón, su análisis interpretativo debe realizarse con sujeción a los objetivos, principios y contenidos de la L. 100/1993, en la cual se inserta y articula, para ser parte de un conjunto normativo de protección social, basado en unos principios de relevancia especial.

Particularmente, son dos principios los que entran en juego al momento del análisis del art. 40 de la L. 48/1993, a saber: el principio de universalidad y el de integralidad; el primero de orden constitucional y legal, y el segundo de desarrollo legal. Así, de acuerdo con el art. 2º de la L. 100/1993, el sistema de seguridad social es universal en la medida que dispensa una protección, por igual, a todas las personas, y es integral, en tanto cubre todas las contingencias que afectan la salud, condiciones de vida y capacidad económica de los habitantes.

En concreción del principio de universalidad del sistema general de pensiones, el literal f) del art. 13 de la L. 100/1993 consagró la posibilidad de sumar y darle valor a todas «las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio». Conforme a esto, las fronteras impuestas por los anteriores regímenes pensionales, que coexistían dispersamente y condicionaban la validez de los tiempos laborados a situaciones tales como que hubieran sido objeto de aportes, laborados en determinados sectores o entidades, cotizados a específicos entes previsionales, entre otros, son

eliminadas, para, en su lugar, tomar como referente de construcción de la pensión la prestación del servicio en cuanto tal.

De ahí que, al suprimir estas barreras, que obstaculizaban la adquisición del derecho pensional, la L. 100/1993 se erija en un estatuto normativo inclusivo, anti clasista y unificador de regímenes pensionales, como se expresa en su art. 6º, al prescribir que «el Sistema de Seguridad Social Integral está instituido para unificar la normatividad».

Por consiguiente, frente a esta clara pretensión de universalidad, integración e inclusión, donde todos los tiempos de servicio suman para «el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes» (art. 13 L. 100/1993), en la actualidad la limitación impuesta en el art. 40 de la L. 40/1993, carece de una justificación objetiva y valorativa que la respalde.

Anticipándonos a una réplica que puede surgir en el sentido que las personas que prestan el servicio militar obligatorio, no desempeñan propiamente un servicio público, cabe contraargumentar que el cumplimiento de esta obligación constitucional, si bien no genera un vínculo laboral de empleado o un contrato de trabajo con el Estado, ello no significa que sea ajena a los intereses generales, como para decir que el tiempo dedicado a la Fuerza Pública no encaja en la hipótesis del literal f) del art. 13 de la L. 100/1993.

Al respecto, vale decir, que en el estado de cosas presente, es innegable que este tiempo de servicios, de especial consideración constitucional en razón de la importancia que reviste para la defensa de la independencia del Estado y su soberanía, y el mantenimiento de la sociedad organizada, tiene una connotación claramente pública y, por tanto, de servicio público. Por tal razón, no hay motivos fundados para circunscribir la regla de derecho del literal f) del art. 13 de la L. 100/1993, a los empleados públicos o trabajadores oficiales y, por esa vía, excluir el servicio militar obligatorio para efecto de las prestaciones que concede el sistema en función de los servicios efectivamente prestados, so pretexto de una interpretación literal y restrictiva de disposiciones que gozan de amplitud semántica y vocación de evolución según los nuevos contextos normativos y sociales en que se desenvuelvan.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que en el marco de las prestaciones fundamentales del sistema de seguridad social, las interpretaciones normativas que realicen las instituciones y los

jueces, deben atender, primordialmente, a dos principios: (i) pro homine, en cuya virtud el intérprete debe acoger el sentido más extensivo de un texto normativo, cuando se trata de la realización y efectivización de derechos fundamentales; y (ii) de integralidad, que presupuesta que la seguridad social brinda «cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población» (art. 2º L. 100/1993).

Lo anterior quiere decir que las lagunas axiológicas que susciten los textos normativos, cuandoquiera que éstos se enfrenten a problemas de incompatibilidad entre su contenido y determinados valores o principios de un sistema, como ocuriente en este asunto, donde se presenta una divergencia entre el art. 40 de la L. 48/1993 y los principios fundantes del sistema general de seguridad social, deben resolverse a través de un ejercicio hermenéutico amplio o extensivo.

Desde este punto de vista, a juicio de la Sala, la mejor solución interpretativa es aquella según la cual el art. 40 de la L. 48/1993, no solo cubre las pensiones de jubilación o vejez, sino también las de sobrevivencia e invalidez, en el entendido que la protección en pensiones que ofrece la L. 100/1993 abarca tres ámbitos: vejez, invalidez y muerte; de manera que, no es apropiado limitar la norma a solo uno, como si el ser humano pudiera fraccionarse en su integridad.

Por todo lo anterior, el Tribunal no se equivocó al asumir con arreglo a la L. 48/1993 que el tiempo de servicio militar obligatorio puede sumarse para la pensión de sobrevivientes, puesto que desde la perspectiva de los derechos fundamentales con que deben ser abordados problemas jurídicos de este talante, la mejor interpretación, es aquella conforme a la cual el tiempo de servicio militar obligatorio tiene valor en el marco de las prestaciones pensionales del sistema de seguridad social.

Por último, no sobra precisar que, en estos casos, la Nación debe concurrir a la financiación de la pensión, mediante un bono pensional por el tiempo de servicio militar obligatorio. Así lo prevé el literal b) del art. 115 de la L. 100/1993 al señalar que tendrán derecho a un bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad, «hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos»

Queda claro pues, que la Ley 48 de 1993 a la que hace referencia la jurisprudencia citada, fue derogada por la Ley 1861 de 2017, misma que en lo esencial replica las prerrogativas que se adquieren una vez se finaliza la prestación del servicio militar obligatorio, como quedó visto al referir el artículo 45 de la última disposición mencionada.

De otro lado, también es evidente que la Ley 797 de 2003, bajo la cual se analiza el presente asunto, es una modificación introducida a la Ley 100 de 1993, General de Seguridad Social Integral.

En este orden de ideas, considera la Sala que las prerrogativas otorgadas en el artículo 45 de la Ley 1861 de 2017 aplican al caso bajo estudio, esto es, para efectos de computar el número de semanas requeridas o aportes realizados con el fin de generar o dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por idénticas razones a las explicadas en la jurisprudencia cuyos apartes fueron transcritos en líneas que preceden.

De esta forma, queda demostrado en el juicio que el señor OSCAR EDUARDO GUE CAJIAO, al momento de su deceso dejó causado el derecho a la pensión por sobrevivencia que reclama la demandante a favor de su hijo JUAN JOSÉ GUE ARANGO,

frente a quien no hay duda del parentesco con el referido causante, pues el expediente da cuenta del registro civil de nacimiento del niño JUAN JOSÉ el 14 de noviembre de 2010 y de sus progenitores, LINA FERNANDA ARANGO MARTÍNEZ y OSCAR EDUARDO GUE CAJIAO – folio 8 -.

Entonces, como quedó atrás dicho, habiéndose demostrado un total de 123,85 semanas cotizadas en los últimos tres -3- años anteriores al deceso del afiliado, así como la paternidad del hoy causante frente a quien reclama el derecho a sustituirlo por sobrevivencia pensional –JUAN JOSÉ GUE ARANGO-, la sentencia de primera instancia en lo que respecta a la concesión del derecho deprecado, habrá de confirmarse, sin que salga adelante el recurso de la demandada sobre este aspecto, derecho que procede desde el 26 de mayo de 2012 y hasta que el menor cumpla la mayoría de edad, esto es, hasta el 14 de noviembre de 2028, o hasta los veinticinco -25- años de edad, es decir, hasta el 14 de noviembre del año 2035, siempre que entre la mayoría de edad y los 25 años demuestre escolaridad, terminando el disfrute del derecho.

En cuanto a la prescripción de las mesadas pensionales, si bien la demandada propuso la excepción respectiva, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a través de la sentencia SL 10641 del 12 de agosto de 2014, radicada al

número 42602, enseñó que en tratándose de menores de edad que reclaman el derecho dejado por su padre fallecido, para efectos de emitir pronunciamiento sobre la prescripción, en aras de no vulnerar derechos fundamentales; el juez debe hacer todo lo posible por acreditar su condición, debido a que esta situación suspende la prescripción de la reclamación del derecho pensional, hasta el cumplimiento de la mayoría de edad del menor reclamante.

Así lo dijo la Corte:

“Por demás, esta Corte considera necesario reiterar, esta vez, la observación general que deben seguir los jueces en cumplimiento de la Constitución, puesta de presente en la precitada sentencia, sobre el riguroso deber de cuidado de los derechos de los menores frente a la prescripción de las acciones, a saber:

*Aquí y ahora, se impone a la Corte Suprema de Justicia **llamar la atención** a los falladores en torno a que cuando las acciones laborales sean promovidas por menores de edad, es riguroso cumplir con el deber de guardar sumo cuidado en lo que respecta con el estudio de la suspensión del término de prescripción de las acciones, dada la celosa protección que la Constitución Política pregonan en relación con los derechos de los mismos.*

***Tampoco hay que olvidar la doctrina enseñada por esta Corporación en lo atinente a que la regulación del fenómeno de la suspensión de la prescripción corresponde a un tema de orden público y esa regulación debe ser aplicada estrictamente, aunque no hubiera sido alegada en las instancias.** (Ibídem) (Destaca esta Sala)”.*

De esta forma, a folio 9 se observa que la demandante radicó la respectiva reclamación del derecho a favor de su menor hijo el

17 de septiembre de 2013, tal como lo afirma en el hecho tercero de la demanda, mismo que fue admitido al contestar PORVENIR S.A. el escrito primigenio, como se observa a folio 36. Por tanto, al haberse presentado la reclamación en la fecha indicada, se suspendió el trienio prescriptivo de que hablan las normas laborales, mismo que se reanudaría al momento en el que el menor hijo del causante alcanzara la mayoría de edad - 18 años.

De esta forma, al hallarse suspendido el término de prescripción en razón a que al momento del deceso del afiliado, el hijo de éste que hoy reclama el derecho pensional por sobrevivencia contaba con poco más de un -1- año de edad, cumpliendo los dieciocho -18- años de edad el 14 de noviembre de 2028, las mesadas pensionales causadas a su favor no se encuentran afectadas con la prescripción, debiéndose por esta razón, confirmar la sentencia apelada en lo pertinente.

En cuanto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente cuando busca ser absuelta de dicha obligación, pues si, como ya se indicó, la reclamación se hizo el 17 de septiembre de 2013, PORVENIR S.A. contaba con el término de dos -2- meses para decidir sobre el derecho pensional reclamado; máxime si se considera que no había disputa sobre el mismo y

la aplicación de las normas y la jurisprudencia es un asunto que debe ser conocido y manejado por su equipo jurídico.

Así, la demandada tenía hasta el 16 de noviembre de 2013 para decidir la situación de la demandante, término que superó con creces, siendo responsable por el reconocimiento y pago de los intereses moratorios deprecados desde el 17 de noviembre de 2013 hasta que el beneficiario de la pensión sea incluido en nómina y su derecho cancelado en lo que al retroactivo pensional se refiere.

No se puede pasar por alto que en lo que tiene que ver con los descuentos de aportes a salud sobre el retroactivo pensional, la razón le asiste al alzadista, por lo que se facultará a PORVENIR S.A. para que del retroactivo pensional que reconozca a favor del hijo del causante, menor JUAN JOSÉ GUE ARANGO, realice los descuentos correspondientes para salud, afiliando al niño de manera inmediata al referido subsistema de seguridad social.

En los anteriores términos se modificará la sentencia de primera instancia, sin que haya lugar a imponerse costas en esta Sede por el resultado del recurso impetrado por la demandada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales primero, segundo, tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada, la cual se identifica con el Número 021 proferida el 11 de marzo de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira, Valle del Cauca.

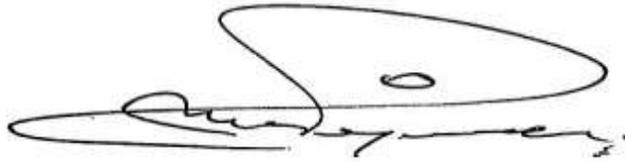
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia en mención, en el sentido de CONDENAR a la demandada a cancelar a la parte actora los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 17 de noviembre de 2013 hasta que el beneficiario de la pensión –JUAN JOSÉ GUE ARANGO- sea incluido en nómina y su derecho cancelado en lo que al retroactivo pensional se refiere.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

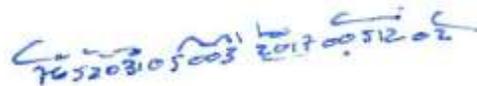
Comuníquese y Notifíquese esta sentencia por inserción en estado electrónico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° del Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020.

Los Magistrados,



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR

Ponente



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHÍTA ALZATE

Firmado Por:

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

**Despacho 003 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:

**4f570a90943b5f85d73b508e64d5e859b0b298538227540c1
da6e965cac177a4**

Documento generado en 07/10/2020 02:42:48 p.m.



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
GRUPO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUIS ALBERTO CABRERA GUTIERREZ
DEMANDADO: ELSA VICTORIA LENIS Y SOCIEDAD LENIS URREA LTDA EN LIQUIDACION
RADICACIÓN: 76-520-31-05-002-2016-00322-01

Guadalajara de Buga, Valle, siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020),

Conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a revisar en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, el **recurso de apelación**, interpuesto contra la **Sentencia No. 132 del veintiuno (21) de agosto de dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira**, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Dentro del término de traslado concedido para las alegaciones finales (auto 486 del 8 de septiembre de 2020) solo la parte demandante allegó escrito en tal sentido.

En su alegato señaló estar en desacuerdo con la valoración probatoria efectuada por el a quo, asegurando que contrario a lo expuesto en la providencia, las pruebas si fueron contundentes para demostrar la existencia de la pretendida relación laboral; seguidamente hizo un recuento pormenorizado de los testimonios rendidos por los declarantes y aseguró que de esas ponencias se extrae diáfana la prestación del servicio y con ellos la existencia del contrato, o al menos la presunción legal del existencia del mismo.

La demandada guardó silencio.

En vista de que no quedan trámites pendientes por evacuar, se procede a proferir la,

SENTENCIA No. 199
Discutida y aprobada mediante Acta No. 39

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

LUIS ALBERTO CABRERA GUTIERREZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **ELSA VICTORIA LENIS y LA SOCIEDAD LENIS URREA LTDA EN LIQUIDACION**, buscando se declare la existencia de un contrato laboral, consecuentemente pide se les condene a pagar el valor de los salarios dejados de percibir, el auxilio de transporte; cesantías y sus intereses; primas, vacaciones, aportes a seguridad social, subsidio familiar, dotaciones, indemnización por despido injusto, e indemnización moratoria Art. 65 CST.

Los hechos relevantes en los cuales se sustentaron tales pretensiones se resumen en que el demandante y la señora Elsa Victoria Lenis y solidariamente la sociedad Lenis Urrea suscribieron contrato laboral para el desempeño de oficios varios; que el último salario devengado ascendía a la suma de \$589.500; que la relación laboral inició el 8 de noviembre de 2007 y finalizó el 17 de agosto de 2013

Mediante Auto No. 1503 del 17 de agosto de 2016, el juzgado admitió la demanda, dispuso notificar dicho proveído a los demandados (fol. 17)

Como no logró ubicarse a los codemandados, se les nombró curador ad litem a través del cual se dio respuesta a la demanda; el curador señaló no constarle ninguno de los hechos, no se opuso a la prosperidad de las pretensiones, ni propuso excepciones previas.

Surtido en legal forma el trámite procesal, mediante **Sentencia No. 132 del veintiuno (21) de agosto de dos mil diecinueve (2019)**, el **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira**, resolvió absolver a los demandados de las pretensiones invocadas por el señor Luis Alberto Cabrera Gutiérrez.

2. MOTIVACIONES

2.1. DEL FALLO

Para arribar su decisión, el juez hizo referencias a los Art. 23 y 24 del CST; seguidamente efectuó un análisis respecto a la carga de la prueba, señalando que al demandante correspondía demostrar la prestación personal del servicio y elementos tales como el salario y los extremos de la relación; descendiendo al caso puntual señaló que el actor no allegó suficiente material probatorio que demostraran la relación laboral pues no aportó documento escrito, ni testimonios que así lo acreditaran, ni soportes de pago que indiquen que en efecto, trabajó para los demandados. Aseguró que la sola afirmación del demandante no basta para demostrar la existencia del contrato de trabajo.

2.2. DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante, inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación; señaló en su sustentación que quedó claramente demostrado que quien impartía las órdenes para el pago del demandante era la señora Elsa Victoria Lenis Urrea y que el contrato verbal es válido pues el código sustantivo así lo expresa, aseguró que sí hubo un vínculo, contractual con la demandada.

Recibido el expediente en esta instancia, se admitió su conocimiento y se corrió el traslado de rigor conforme lo ordena el Art. 15 del Decreto legislativo 806 de 2020 como ya se expuso.

3. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURIDICO

Conforme con el recurso de alzada que fue presentado, el asunto reside en determinar la existencia o no de un contrato de trabajo entre las partes enfrentadas y en caso de que el mismo quede demostrado, estudiar la procedencia de las acreencias laborales reclamadas.

3.2. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

3.2.1. Sobre el Contrato De Trabajo

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

La Constitución Política, establece en su artículo 53, los principios mínimos fundamentales de la relación del trabajo, enlistando dentro de estos “la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” en procura de salvaguardar a la parte débil de la relación, corroborando de esta forma lo señalado en el canon 23 de la primera obra mencionada.

Por su parte, el canon 24 de la obra sustantiva laboral desarrolla aquel principio y prevé como presunción que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, lo que significa que una vez demostrada la prestación personal del servicio por quien alega el vínculo,

ha de presumirse que estuvo regulada por un contrato de tal estirpe; no obstante, debido al carácter legal de dicha presunción, la misma es susceptible de ser derruida por el presunto empleador que la soporta, demostrando que el vínculo fue de naturaleza diferente a la laboral.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, en sentencia radicada, 58895; SL2536-2018 del 04/07/2018 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno enseñó:

“Esta Sala ha reiterado que la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo está precedida de la obligación de acreditar la actividad personal del servicio del trabajador en favor del empleador demandado, situación que no se predica de la subordinación jurídica continuada, pues, pese a ser el elemento distintivo y esencial del vínculo laboral, recae sobre aquél la presunción legal del artículo 24 CST, que releva su demostración sin perjuicio de que pueda ser desvirtuada.”

En consecuencia, para descartar el elemento esencial de la subordinación, incumbe a quien ha sido señalado como empleador probar que, no obstante tratarse de un servicio personal, este no fue continuado sino instantáneo, o que no fue subordinado o dependiente sino autónomo, modalidades que pueden conducir a la determinación de la existencia de una relación jurídica de contenido ajeno al derecho del trabajo.

Pero como bien lo ha indicado la jurisprudencia, además de acreditar la prestación personal de servicios, le compete al trabajador, acreditar los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, entre otros.

En efecto, La Sala de Casación Laboral se ha pronunciado en repetidas oportunidades respecto a casos, en que la parte demandante pese a demostrar su prestación del servicio ejecuta un escaso ejercicio probatorio respecto a los demás elementos; así se extra del pronunciamiento, radicado 58895 del 04/07/2018 magistrado ponente, RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, en el que se expresó así:

“Sin embargo, de la demanda de casación es posible rescatar ciertos reparos jurídicos que la censura propone y que se dirigen básicamente a demostrar que el tribunal erró al considerar que dentro de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, establecidos en el artículo 23 del CST, también se hallaban los extremos laborales, y que era carga del trabajador acreditarlos, a fin de que procediera la presunción legal del artículo 24 CST.

Esta Sala ha reiterado que la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo está precedida de la obligación de acreditar la actividad personal del servicio del trabajador en favor del empleador demandado, situación que no se predica de la subordinación jurídica continuada, pues, pese a ser el elemento distintivo y esencial del vínculo laboral, recae sobre aquél la presunción legal del artículo 24 CST, que releva su demostración sin perjuicio de que pueda ser desvirtuada.

Ahora, si bien los extremos laborales no se encuentran literal ni explícitamente enunciados en el artículo 23 del CST, como elemento constitutivo de la relación de trabajo, lo cierto es que su determinación es inherente a la misma vigencia de la prestación del servicio, en la medida que solo a través de su conocimiento es posible establecer el interregno por el que se prolongó la relación laboral y el quantum de las obligaciones correlativas que le incumben al empleador, por el mismo periodo. Así pues, su carga probatoria le concierne al trabajador, en virtud del principio general de que quien pretende un derecho debe acreditar los hechos en que se funda, según el artículo 177 del CPC, aplicable al procedimiento laboral por analogía del 145 de CPT.

En esa misma línea, esta Sala ha reiterado que aunque la presunción legal del artículo 24 del CST exime de la acreditación de la subordinación jurídica, ello no significa que el trabajador quede relevado, completamente, de su deber probatorio, pues contrario a lo alegado por el recurrente, a su cargo persiste la obligación de demostrar lo atinente al monto salarial, la jornada laboral, el trabajo suplementario, el despido y, como en este caso, los límites temporales de la relación laboral, más aun si se tiene en cuenta que los enunciados en el libelo genitor no se aceptaron ni fueron objeto de confesión por el demandado, con lo que persistió, en cabeza del trabajador, su deber de demostración. (Ver CSJ SL, del 5 de agos. 2009, rad. 36549.)

Por tanto, no se avizora que el Tribunal hubiese incurrido en los yerros jurídicos que se le endilgan al afirmar que era el demandante, en su calidad de trabajador, quien tenía a su cargo probar los extremos temporales de la relación laboral, de lo que no se eximía en virtud de la presunción legal art. 24 CST. Lo enunciado resulta suficiente, para desestimar los cargos.”

3.2.2. Valoración probatoria

En lo que respecta a la valoración probatoria, el artículo 61 del Código Procesal Laboral establece la libre formación del convencimiento, ello implica que el Juez al valorar la prueba, puede acudir a los criterios propios de la sana crítica y las máximas de la experiencia, fijándole a las pruebas el alcance que estime pertinente, salvo claro está, en aquellos casos en los cuales se exija prueba solemne, pudiéndose únicamente acreditar el hecho respectivo con el medio que fije la Ley, no obstante el otro componente de esta disposición predica que el juez para formar su convencimiento debe observar la conducta adoptada por las partes en el trámite litigioso.

3.3. CASO CONCRETO

Cuando se reclama la declaración de existencia del contrato de trabajo, ya quedó dicho, que al demandante le basta con acreditar la prestación personal de servicios a favor del demandado para que se abra paso la presunción consagrada en el artículo 24 del CST, quedando el presunto empleador con la carga de desvirtuarlo.

En este caso, el demandante informó que ingresó a laborar a favor de los codemandados, ejecutando oficios varios, mediante contrato verbal y a término indefinido, pide por tanto que en virtud del principio de la primacía de la realidad, se declare la existencia del contrato de trabajo y se condene al a cancelar las acreencias relacionadas. Las codemandadas fueron representadas por curador ad litem, quien no se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Para resolver entonces el problema jurídico, se hace necesario acudir al caudal probatorio allegado por el actor, recordando que sobre él pesaba la carga de la prueba, respecto a la prestación del servicio; así las cosas, a folio 9 se aprecia un documento fechado 17 de agosto de 2013 dirigido a la sociedad Lenis Urrea, del contenido de ese escrito se infiere la renuncia del demandante, y revisado el resto de documentos no encuentra esta Colegiatura, alguno otro que dé cuenta o indicios de la vinculación que alega la activa.

Los anteriores documentos carecen de virtud de probar el vínculo que alega el actor; motivo por el cual se debe acudir a la prueba testimonial que en efecto fue practicada, contrario a lo afirmado por el juez de primera instancia en su sentencia.

Así las cosas, se escucharon las declaraciones de los testigos **Luis Fernando Ríos Camelo y Fernando Vélez Reina**; quienes indicaron sucintamente lo siguiente:

Luis Fernando Ríos Camelo (min 3:55 audio 2)

Indicó ser vecino del demandante desde hace más de 50 años, se conocen desde niños; aseguró que distinguió a la señora Elsa, fue su patrona en el Grill Agapito y laboró con ella 23 años, señaló haber conocido también al señor German Urrea quien es el esposo de la señora Elsa; manifestó que el demandante no laboró para la sociedad Lenis Urrea, sino que trabajó fue en la finca de la señora Elsa, no en el Grill, señaló que el demandante desempeñaba oficios varios pero más que todo era el jardinero en dicha finca; indicó no tener conocimiento si se suscribió contrato; aseguró que el demandante laboró desde el 2007 hasta el 2013 y el salario era el mínimo; señaló que el demandante no vivía en la finca sino que trabajaba de 7 a 12 y de 1 a 5; indicó que el demandante se retiró por voluntad propia, señaló que German no le daba órdenes al demandante este solo se encargaba del Grill; manifestó el testigo que no conoce si la señora canceló todos los salarios o si le quedó debiendo algo y aseguró no saber si lo tenían afiliado pero cree que no.

Fernando Vélez Reina (min 12:59 audio 2)

Señaló que conoce desde hace muchos años al demandante; que entró a trabajar en "Agapito" en el año 1975 o 1977 aproximadamente y varios años después lo contrataron a él (al demandante), aseguró que el señor German Urrea Echeverry era el representante legal de la sociedad y lo conoce pues era el "patrón" y aseguró también conocer a la señora Elsa desde hace años, dijo que el demandante fue trabajador de la señora Elsa en la finca pero no sabe si hubo contrato escrito o si fue verbal, aseguró que el demandante inició a laborar en el 2007 y seguidamente indicó que se retiró del negocio en el años 2012 y que según sabe el demandante siguió hasta el 2013, indicó que según cree la que lo contrató fue la señora Elsa para trabajar en la finca de su propiedad en oficios varios del campo como desyerbar, que el salario era el mínimo, señaló que el pago de los salarios los hacían tanto la señora Elsa como el señor Germán; indicó que no sabe por qué se retiró el demandante pues él salió antes que el este.

Revisadas las pruebas aportadas y en consonancia con lo dicho en la apelación y los alegatos presentados ante esta colegiatura, sería factible llegar la conclusión que el señor Luis Alberto Cabrera cumplió con la carga probatoria que le correspondía al dejar en este asunto demostrada la prestación personal del servicio; pues los dos testigos que fueron escuchados señalaron que el actor cumplía funciones de jardinería y oficios varios del campo como desyerba en la finca de propiedad de la señora Elsa Victoria Lenis; no obstante, esas mismas declaraciones dejan de lado de un tajo las posibles responsabilidades existentes en cabeza de la sociedad codemandada; pues en realidad las supuestas labores fueron despachadas en favor exclusivo de la ya citada dama, pues se itera ambos testigos indicaron que la persona que lo contrató y a favor de quien se prestó el servicio fue la señora Elsa.

Con lo anterior se abriría paso a la presunción contenida en el Art. 24 del CST atrás referida, siendo por tanto carga de la parte demandada el desvirtuar el contrato; situación que no se cumplió, teniendo en cuenta que la demandada acudió a estrado a través de curador ad litem, y no allegó prueba alguna.

No obstante lo anterior, avizora la Sala, varias situaciones que impiden despachar favorablemente las pretensiones del actor, pues en realidad existe imprecisión en los extremos de la relación, la forma o motivo de desvinculación del demandante, entre otros asuntos, como se pasa a explicar.

En efecto, volviendo sobre las declaraciones escuchadas debe decirse que ninguno de los deponentes ofrece la credibilidad necesaria como para resolver favorablemente las pretensiones; nótese como el señor Luis Fernando Ríos Camelo, quien admitió ser vecino y amigo muy cercano del demandante expuso de manera casi automática cada una de las respuestas que le efectuó el juez y el apoderado, expuso con precisión casi milimétrica lo relativo a horarios, salario y año de inicio y final de la relación del demandante, sin embargo, no explicó el porqué de ese conocimiento tan exacto de sus dichos, máxime cuando el deponente ni siquiera fue compañero de trabajo directo del demandante, pues afirmó haber trabajado en el Grill Agapito y no en la finca con la señora Elsa.

Algo similar ocurre respecto a la declaración del señor Fernando Vélez Reina, de quien se advierte una situación confusa por decir lo menos, aseguró el mencionado hombre, haber laborado en el Grill Agapito desde el año 1975 o 1977, sin embargo, al revisarse el certificado de existencia y representación de la sociedad Lenis Urrea Ltda., propietaria del referido establecimiento de comercio Grill Agapito, se advierte, que el mismo fue matriculado en el año 1989, esto es el mismo año en que fue inscrita la sociedad que lo fue el día 8 de febrero de esa anualidad, lo que contraría abiertamente desde ese momento esa declaración; acto seguido señaló el mismo testigo, que el demandante ingresó a laborar en el año 2007, empero, informa que el actor laboró en la finca de propiedad de la señora Elsa y no en el establecimiento de comercio; ahora bien en lo que a la fecha de finalización de la relación se refiere, tampoco se puede obtener certeza de su versión, el citado declarante, aseguró haber roto su propio vínculo desde el año 2012 y, que el demandante siguió laborando y que se retiró al año siguiente.

Las pruebas obtenidas resultan confusas, los testigos lograron ubicar al demandante laborando al servicio de la señora Elsa Victoria, pero el documento que obra a folio 9 por medio del cual el demandante renuncia a su cargo de oficios varios, fue presentado ante la sociedad Lenis Urrea y compañía limitada, y si bien ese documento se encuentra fechado al 17 de agosto de 2013, dentro del documento denominado solicitud de audiencia de conciliación, la propia parte apuntó como fecha final el mes de julio de 2013.

Siendo, así las cosas, y no teniendo esta Colegiatura, la plena certeza frente a los elementos que envolvieron la relación, no queda otro camino que despachar negativamente las pretensiones, pues en realidad, ni siquiera quedó claro para quien laboró el demandante, mucho menos acreditados los presupuestos necesarios para la liquidación de una eventual relación.

Con lo anterior, no tiene otro camino esta Sala que confirmar el fallo apelado, pero conforme a los argumentos que aquí fueron expuestos.

4. COSTAS

De conformidad con el Art. 365 del C.G.P., numeral 1º y 8º no se impondrán costas en esta instancia por no haberse causado.

5. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la **Sentencia No. 132 del veintiuno (21) de agosto de dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira**, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUIS ALBERTO CABRERA GUTIERREZ** contra **LA señor ELSA VICTORIA LENIS Y LA SOCIEDAD LENIS URREA LTDA EN LIQUIDACION**, conforme a las razones que anteceden.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

TERCERO: DEVUÉLVASE la actuación al juzgado de origen, una vez en firme la presente sentencia.

Notifíquese y cúmplase

Las Magistradas,



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE
Ponente

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
(Ausencia justificada)



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR

Firmado Por:

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 001 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:

3e07cd5989ab2ca0ce51f903f67d07f644fa07bb6cd342046ca66db825a62dc8

Documento generado en 07/10/2020 02:57:31 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
GRUPO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARIELA MOLINA DE CAMPO
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 76-520-31-05-002-2014-00013-01

Guadalajara de Buga, Valle, siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020)

En la fecha indicada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a dictar en forma escrita la sentencia por medio de la cual se revisa la CONSULTA, de la sentencia 91 del 28 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (V), dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Sentencia No. 200

Discutida y aprobada según Acta No. 39

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

La señora MARIELA MOLINA DE CAMPO, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra COLPENSIONES, buscando el reconocimiento y pago del retroactivo retenido al momento del reconocimiento de la sustitución pensional por valor de \$32.880.314, intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993; solicita que se falle extra y ultrapetita y se condene en costas y agencias en derecho (fl. 8 y 9).

Los hechos relevantes en los cuales se sustentaron tales pretensiones fueron los siguientes:

Que era casada con el señor TEODULO CAMPO ROMERO, pensionado por vejez del ISS según Resolución No.001774 de 2000; que el mencionado falleció el 23 de agosto de 2009 y que a la actora le fue reconocida la sustitución pensional según acto administrativo No.010850 de 2010 en su calidad de cónyuge sobreviviente; que al momento del reconocimiento de la prestación el ISS retuvo el retroactivo por valor de \$32.880.314 correspondiente a las mesadas causadas entre el 23 de agosto de 2009 y el mes de diciembre de 2010; que posteriormente solicitó el reconocimiento de dicho valor sin que hasta la fecha se le haya cancelado el mismo, con el argumento que la retención obedeció a una solicitud errada del Municipio de Palmira, de que se girara el retroactivo pensional a su favor; que el 23 de agosto de 2012, el Municipio de Palmira le entregó copia de la comunicación de fecha 15 de los mismos mes y año, en la cual le manifestaba al ISS que el retroactivo pensional podía ser pagado a nombre de MARIELA MOLINA DE CAMPO; que presentó solicitud al ISS solicitando el pago del retroactivo retenido, con los intereses moratorios, sin que hasta la fecha haya obtenido respuesta (fl. 8)

Mediante Auto No. 35 de 16 de febrero de 2014, el juzgado admitió la demanda y dispuso correr el traslado de rigor a la entidad demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fl.12).

La demandada dio respuesta a la acción en legal forma según auto No.867 de 13 de junio de 2014 (fl.32), indicando que algunos hechos eran ciertos, otro no le constaban; que el quinto no

era cierto y que el 7 era una apreciación de la parte actora, que no se oponía a la pretensión del retroactivo pero si al reconocimiento de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por cuanto la prestación económica una vez reconocida se ha venido pagando oportunamente; propuso como excepciones de fondo las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCIÓN, LA INNOMINADA Y BUENA FE (fls. 28 a 31).

Surtido el trámite de ley, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (V), mediante sentencia 11 del 18 de marzo de 2015, resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas, condenando al reconocimiento de la suma de \$32.880.314 por retroactivo pensional y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 causados desde el 12 de octubre de 2010 a la fecha de pago, finalmente condenó en costas a la demandada y dispuso la consulta (fl. 39 a 45).

Llegado el proceso al Tribunal, se avocó el conocimiento mediante auto No.165 de 26 de marzo de 2015 (fl. 52); por auto interlocutorio No.138 de 11 de noviembre de 2016 se declaró la nulidad de la sentencia proferida en primera instancia (sentencia 11 del 18 marzo de 2015), disponiendo la vinculación del Municipio de Palmira como litisconsorcio necesario (fl. 62 a 69).

El Juzgado de conocimiento por auto No. 2019 de 21 de noviembre de 2016 (fl. 71) dispuso obedecer y cumplir lo dispuesto por el superior ordenando la vinculación del Municipio de Palmira (V), entidad que dio respuesta a la demanda debidamente según auto No.745 de 10 de mayo de 2017 (fl. 113) manifestando que los hechos eran ciertos a excepción del 1 y 9 que no le constaban, se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo las que denominó FALTA DE LEGITIMACION PROCESAL Y MATERIAL EN LA CAUSA POR ACTIVA .COMO POR PASIVA, CARENCIA DE ACCION Y DE DERECHO PARA DEMANDAR, PETICION Y COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE CAUSACION DE LOS DERECHOS LABORALES RECLAMADOS, CARENCIA DE DERECHO, CARENCIA DE ACCION Y CARENCIA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION y la GENERICA O INNOMINADA (fl.104 a 109).

Surtido el trámite antes indicado, mediante sentencia No. 91 de 28 de junio de 2019, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (V), declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de la actora de la suma de \$32.880.314 por retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 causados desde la fecha en que se reconoció el derecho, esto es, 12 de octubre de 2010 hasta cuando se verifique el pago, absolvió al Municipio de Palmira de todas las pretensiones, condenó en costas a Colpensiones y dispuso la consulta del fallo (fl. 161 a 164).

2. MOTIVACIONES

2.1 FUNDAMENTOS DEL FALLO CONSULTADO

Como fundamento de su decisión, el a quo se refirió a las pretensiones y a las resoluciones presentadas, indicando que el retroactivo se dejó en suspenso hasta tanto la jurisdicción ordinaria dirimiera la controversia presentada con lo expuesto en la parte considerativa del acto administrativo; que en el hecho quinto de la demanda se indica que el retroactivo no se pagó al haberse solicitado por el Municipio de Palmira que el mismo fuera girado a su favor, en la cuenta del Banco de Occidente.

Seguidamente señala, que lo discutido es si a la actora le corresponde el pago del retroactivo de la pensión reconocida y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, agregando que es claro que el Municipio de Palmira no está reclamando el pago del retroactivo pensional, habiendo informado al ISS que debía cancelarlo a la actora porque su mesada no es compartida, siendo claro para el Despacho que el retroactivo reconocido por el ISS en la suma de \$32.880.314 se le debe pagar a MARIELA MOLINA HIDALDO en calidad de cónyuge

supérstite del fallecido TEODULO CAMPO ROMERO, suma que debe reconocer Colpensiones con los intereses de mora del Art. 141 de la Ley 100 de 1993; igualmente condenó en costa a COLPENSIONES.

Sobre las excepciones propuestas de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCIÓN, LA INNOMINADA y BUENA FE, indicó que era innecesario pronunciamiento de acuerdo a lo decidido por el Despacho. En relación a la de prescripción, señaló que como la demandante viene reclamando el retroactivo desde que se reconoció la sustitución pensional, 12 de octubre de 2010, no ha prescrito la acción.

Respecto al Municipio de Palmira (V), indicó que el mismo no está reclamando el retroactivo; que coadyuvó en los alegatos de conclusion para que el Despacho ratifique la sentencia dictada con anterioridad; que el Municipio no ha recibido dichos dineros y que solicitó al ISS la entrega del retroactivo a la señora MARIELA MOLINA DE CAMPO, en las sumas enunciadas solicitando la absolucón del ente territorial.

Finalmente declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada, condenó a COLPENSIONES al pago de la suma de \$32.880.314 como retroactivo pensional, a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde la fecha del reconocimiento, 12 de octubre de 2010, hasta cuando se verifique el pago, condenó en costas a la demandada, absolvió al Municipio de Palmira (V) de todas las pretensiones formuladas y dispuso la consulta del fallo. (fl. 161 a 164).

Como efectivamente la decisión no fue apelada, se remitió el expediente en consulta.

3. ALEGACIONES

Dentro del término de traslado concedido para alegaciones finales, se recibió escrito de ambas partes.

El apoderado de Colpensiones se ratifica en las actuaciones procesales y fundamentos de derecho expuestos en primera instancia, reiterando la petición de revocatoria del fallo y señalando que mediante resolución 010850 de 2010 el ISS hoy Colpensiones reconoció pensión de sobrevivientes a la señora MARIELA CAMPO DE ROMERO (sic), en ocasión al fallecimiento de TEODULO CAMPO ROMERO acaecido el 23 de agosto de 2009; que el retroactivo se dejó en suspenso hasta que la jurisdicción ordinaria dirimiera la controversia en razón al oficio de 8 de septiembre de 2018 donde se indicaba que el retroactivo debía ser girado a nombre del Municipio de Palmira y consignado en la cuenta del banco de occidente, lo que motivó la suspensión del pago.

Sobre la condena de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, manifestó que se oponía al existir carencia del derecho por indebida interpretación normativa por quien reclama el derecho, que si bien en ocasiones la entidad a cargo del reconocimiento y pago de una pensión puede ser sancionada a pagar intereses por la tardanza en la mesadas de sus asegurados, no es el caso de la demandante, toda vez que la pensión de sobrevivientes no fue reconocida por falta de cumplir requisitos legales. Trae a colación la sentencia C 601 de 24 de mayo de 2000 sobre exequibilidad del art. 141 de la Ley 100 de 1993, manifestando que los intereses de mora se generan sobre una mesada pensional que una vez reconocida ha debido pagarse y no se hace sin importar la razón que se haya tenido la entidad para proceder, que el espíritu de soporte legal radica en que ante la mora en el pago de la obligación pensional, surge de manera accesoria sin análisis de responsabilidad, buena fe, cumplimiento o eventuales circunstancias. Solicita finalmente la revocatoria del fallo y la absolucón para la demandada de los intereses moratorios y de las costas.

El apoderado de la demandante, se refiere al tema de la compatibilidad pensional; señala que en este caso la pensión reconocida por el municipio de Palmira es compatible con la de vejez

a cargo de la accionada, porque así lo pactó el primero de los mencionados con el sindicato de trabajadores y ese acuerdo no podía ser desconocido por la segunda, que Colpensiones nunca remitió el valor del retroactivo al municipio y que este último convalidó el pago a favor de su procurada, razón por la cual solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda y se condene en costas de primera y segunda instancia a la accionada Colpensiones.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Cuestión preliminar

Queda claro en este asunto, con el recuento que hasta aquí se ha hecho, que se conoce del mismo en grado jurisdiccional de consulta, habida cuenta que la sentencia siendo desfavorable a los intereses de Colpensiones, no fue apelada por esa entidad.

Y se dice lo anterior, porque al momento de correr traslado para alegaciones finales, tal como se observa en el auto No. 506 del 9 de septiembre del año que avanza y en la constancia expedida por la secretaría de la Sala, respecto a los escritos presentados por las partes.

Ese error para la Sala, no genera nulidad, si por sentado se tiene que ambas partes presentaron sus escritos en los primeros cinco días, tal como si de consulta se tratase, pero más aún, aprovecharon el traslado para proponer ante la Sala sus alegaciones.

En ese orden de ideas, se procederá a revisar en consulta, resolviendo de fondo el presente asunto.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico planteado gira en torno a determinar si, como lo concluyó el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira –Valle- en la sentencia objeto de consulta, la demandante tiene derecho al pago del retroactivo pensional y los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, en la forma expresada por el Juzgado de instancia.

4.3 FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES Y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

En el informativo están acreditados, y tampoco fueron objeto de controversia, aspectos tales como que, mediante Resolución No. 001774 de 2000, el ISS reconoció pensión de vejez al señor TEODULO CAMPO ROMERO (fl.2); que ante el fallecimiento del señor CAMPO ROMERO, el ISS reconoció en la Resolución No.010850 de 2000, sustitución pensional a MARIELA MOLINA HIDALGO, en calidad de cónyuge supérstite; fijando como retroactivo en el acto administrativo la suma de \$32.880.314, valor que dejó en suspenso hasta que la jurisdicción ordinaria dirimiera la controversia al haber el Municipio de Palmira (V), solicitado que dicho retroactivo fuera girado a su favor en la cuenta del Banco de Occidente al encontrarse en revisión por el Departamento jurídico la prestación (fl. 3 a 6); que el 15 de junio de 2011, la demandante solicitó al ISS, el pago del retroactivo en mención, agotando de esa forma la reclamación administrativa (fl. 7).

Determinado lo anterior procede la Sala a estudiar la viabilidad de las condenas impuestas en primera instancia, las que se compendian al retroactivo de sustitución pensional y los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En el caso sub judice se encuentra fuera de discusión que la sustitución pensional por el fallecimiento del señor TEODULO CAMPO ROMERO, fue reconocida a favor de la demandante señora MARIELA MOLINA HIDALGO, pues ello se advierte de la resolución No.010850 de 2000; no obstante lo anterior, en el mismo acto administrativo se expresa que el valor del retroactivo reconocido, por la suma de \$32.880.314 correspondiente a las mesadas causadas entre el 23 de agosto de 2009 y el 01 de enero de 2010, no le fue cancelado a la actora, con el

argumento de que “SE DEJA EN SUSPENSO, hasta tanto la Jurisdicción Ordinaria dirima la controversia presentada, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo”. Lo anterior ante la solicitud del Municipio de Palmira de que dicho retroactivo fuera girado a su favor en la cuenta del Banco de Occidente al encontrarse la prestación en revisión por el Departamento jurídico (fl. 3 a 6).

Así mismo, según se advierte del documento visto a folio 7, la actora al reclamar el retroactivo reiteró al ISS hoy Colpensiones, que el Municipio les había informado que dicho dinero podía ser consignado a su favor, aportando el documento soporte de lo dicho en la audiencia llevada a cabo el 18 de marzo de 2015 (fl. 48) sin que la demandada lo hubiese tachado o redargüido de falso, por lo que en tal sentido goza de plena validez; en esa oportunidad lo que indicó, (minuto 4:14), fue lo siguiente: “como quiera que esta prueba que está allegando en el día de hoy el apoderado de la parte demandante, tiene fecha el 15 de agosto de 2012, fecha posterior al inicio del proceso, me parece importante que el señor Juez tenga en cuenta a la fecha de fallar, la fecha de expedición de dicho documento, que fue el 15 de agosto del año 2012, para que esto sea tenido en cuenta” .

Lo anterior obliga a concluir, como lo hizo el a quo, que efectivamente el retroactivo debe serle cancelado a la actora, pues la misma entidad que solicitó su pago, reconoció que el mismo no le corresponde sino a la señora Molina de Campo en su condición de beneficiaria del pensionado fallecido, de ahí que sea innecesario efectuar disquisiciones al respecto.

En lo que tiene que ver con la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, se tiene que de conformidad con los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. las acciones que se deriven de los derechos laborales prescriben en 3 años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible, lapso que puede ser interrumpido por uno igual, con la presentación de un simple reclamo escrito a la autoridad encargada de hacerlo.

Así las cosas, como la señora Mariela Molina de Campo elevó la primera reclamación administrativa el 21 de octubre de 2009, según se extrae de la resolución No.010850 de 2010 expedida por el otrora ISS (fl. 3 a 6), acto administrativo que le reconoció la sustitución pensional, frente al cual no existe prueba de haber interpuesto los recursos de ley, con el mismo se interrumpió la prescripción de las mesadas causadas.

Ahora el 15 de junio de 2011 (fl. 7), presentó la demandante solicitud de pago del retroactivo, según su decir sin obtener respuesta. Como puede observarse, la última petición fue presentada antes de transcurrir tres años, por lo que el fenómeno de prescripción debe entenderse interrumpido desde la primera dada, esto es, el 21 de octubre de 2009, de conformidad con el canon 151 del Código Procesal Laboral que fija el término prescriptivo en 3 años y como la demanda fue presentada el 14 de enero de 2014, fl. 8, no alcanzo a verse afectado valor alguno.

Siendo así las cosas, se avala la determinación que el a-quo adoptó en tal sentido, al declarar no probada la excepción de prescripción alegada, al igual que las demás excepciones formuladas.

Ahora bien, el relación a los intereses moratorios dispone el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que en caso de mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales de que trata esa ley, la entidad correspondiente deberá reconocer y pagar al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

En el presente caso habiéndose presentado la solicitud de reconocimiento de la pensión el 21 de octubre de 2009, la entidad contaba con dos meses para resolver acerca de la prestación, esto es, hasta el 21 de diciembre de 2009 (artículo 1 Ley 717 del 2001), pero lo hizo a partir del noviembre de 2010, y dejando en suspenso el pago del retroactivo causado, por tanto, en

principio, los intereses procederían a partir del 21 de diciembre de 2009 y hasta el momento en que se verifique el pago efectivo de las sumas debidas.

No obstante lo anterior, es de resaltar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien en principio, consideró que la causación del derecho a percibirlos no estaba sujeta a condiciones o requisitos distintos al incumplimiento de la respectiva obligación pensional, la cual surge cuando se consolida el derecho prestacional por el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley; desde la sentencia SL 704-2013, Rad. 44454 de 02 de octubre de 2013, la alta Corporación morigeró tal posición jurisprudencial para aquellos eventos en los cuales las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado pueda darle la jurisprudencia.

Acogiendo el anterior criterio jurisprudencial, como quiera que el documento presentado por la parte actora, mediante el cual el Municipio de Palmira (V), aclara que el retroactivo le corresponde a la demandante, tiene como fecha 15 de agosto de 2012 (fl. 48), en el entendido que fue a partir de dicha data que se aclaró a COLPENSIONES a quien correspondía el pago del retroactivo aquí reclamando, considera la Sala que es a partir de dicha fecha, que se generan los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas debidas a favor de la actora y hasta el pago efectivo de las mismas, toda vez, que hasta ese momento se justifica la negación de Colpensiones en el pago del retroactivo mencionado, por lo que se modificará el numeral segundo de la sentencia en tal sentido.

En consecuencia, procederá este Tribunal a modificar parcialmente el numeral 2° de la sentencia del juzgado en el sentido de indicar que los intereses moratorios (Art, 141 Ley 100 de 1993) se causan desde el 15 de agosto de 2012 y hasta el pago efectivo de las sumas debidas.

5. COSTAS

Sin costas en la instancia por conocer del asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia apelada identificada con el No. 011 del 18 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (Valle) dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por MARIELA MOLINA DE CAMPO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES) y vinculado MUNICIPIO DE PALMIRA (V), en el sentido de indicar que los intereses moratorios del Art. 141 de la Ley 100 de 1993, se causan desde el 15 de agosto de 2012 y hasta el pago efectivo de las sumas debidas.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta la instancia por conocer del asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO: una vez en firme la presente providencia devuélvase la actuación a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Las Magistradas,



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
(Ausencia justificada)



MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR

DIEGO FERNANDO TORRES ZULUAGA
Secretario

Firmado Por:

CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 001 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:

496509f80cfcfb5716a87b0f8d39fee4d783c73772ab4dd27905e77afc203338

Documento generado en 07/10/2020 02:57:36 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
GRUPO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: YOLIMA SERNA
DEMANDADO: TODOMED LTDA.
RADICACIÓN: 76-520-31-05-003-2017-00267-01

Guadalajara de Buga, Valle, siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020),

Conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a revisar en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, el **grado jurisdiccional de consulta** ordenado sobre la **Sentencia No. 84 del trece (13) de agosto de dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el **Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira**, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Dentro del término de traslado concedido para las alegaciones finales (auto 510 del 9 de septiembre de 2020) las partes guardaron silencio, tal como consta en el informe secretarial del 18 del mismo mes y año.

En vista de que no quedan trámites pendientes por evacuar, se procede a proferir la,

SENTENCIA No. 201
Discutida y aprobada mediante Acta No. 39

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

YOLIMA SERNA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **TODOMED LTDA.**, buscando se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal y a término indefinido desde el día 18 de noviembre de 2015 y hasta el 31 de diciembre de 2015; como consecuencia de lo anterior, pide se condene a pagar el valor de los salarios dejados de percibir; cesantías, sus intereses, primas, vacaciones, aporte a pensión, indemnización por despido injusto y la sanción moratoria Art. 65 CST.

Los hechos relevantes en los cuales se sustentaron tales pretensiones se resumen en que la demandante laboró al servicio de la demandada mediante supuesto contrato de prestación de servicios, dentro de los extremos ya indicados en turnos de 12 horas diarias; que la labor desarrollada fue la de auxiliar de enfermería pactándose una asignación salarial de \$1'065.000, que la relación finalizó por motivos imputables al empleador, súbitamente y sin que se le cancelara su salario; que la demandante no tenía autonomía ni independencia para el desarrollo de sus funciones, sino que estaba subordinada a la demandada.

Mediante Auto No. 1320 del 27 de junio de 2017, el juzgado admitió la demanda y dispuso notificar dicho proveído a la sociedad demandada (fol. 19)

Debidamente notificado el demandado, se adelantó la diligencia en la que se dio respuesta a la demanda, se manifestó negando la mayor parte de los hechos y oponiéndose a las pretensiones; argumentó que no hubo una relación de trabajo sino un contrato civil de prestación de servicios y no se generaron derechos laborales; propuso las excepciones de “cobro de lo no debido”; Inexistencia de la relación laboral” “prescripción” y “buena fe”.

Fue imposible adelantar conciliación, no hubo excepciones previas que resolver, ni hubo medidas de saneamiento que adoptar y se decretaron las pruebas.

*Surtido en legal forma el trámite procesal de única instancia, mediante **Sentencia No. 84 del trece (13) de agosto de dos mil diecinueve (2019)**, el **Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira**, resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y absolvió a la demandada de las pretensiones invocadas.*

Recibido el expediente en esta instancia, se admitió su conocimiento y se corrió el traslado de rigor conforme lo ordena el Art. 15 del Decreto legislativo 806 de 2020 como ya se expuso.

2. MOTIVACIONES DEL FALLO

Para arribar a su decisión, partió el juez por describir las pruebas documentales allegadas y resumir las testimoniales, seguidamente, hizo referencias al Art. 53 de la Constitución y los Art. 23 y 24 del CST, efectuó un análisis respecto a la carga de la prueba y respecto a los contratos de trabajo y el de prestación de servicios. Descendiendo al caso concreto señaló que quedó demostrado que la demandante en efecto desarrolló un servicio, pero las pruebas allegadas tanto documentales como testimoniales dan cuenta que la vinculación de la demandante lo fue mediante contrato de prestación de servicios, tal como lo señaló la pasiva y en consecuencia profirió sentencia absolutoria y dispuso la consulta a favor de la demandante.

3. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURIDICO

Reside en determinar, si en este caso, la sentencia proferida se ajusta a las normas legales y a la jurisprudencia aplicable al caso.

3.2. DESARROLLO DEL CASO

Atendiendo que el presente proceso llegó a esta Sala de Decisión en cumplimiento del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la Sala centrará su análisis en el objeto materia del litigio, que gira en torno a determinar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes enfrentadas y en caso de que el mismo quede demostrado, estudiar la procedencia de las acreencias laborales reclamadas.

3.2.1. Sobre el Contrato De Trabajo

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

La Constitución Política, establece en su artículo 53, los principios mínimos fundamentales de la relación del trabajo, enlistando dentro de estos “la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” en procura de salvaguardar a la parte débil de la relación, corroborando de esta forma lo señalado en el canon 23 de la primera obra mencionada.

Por su parte, el canon 24 de la obra sustantiva laboral desarrolla aquel principio y prevé como presunción que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, lo que significa que una vez demostrada la prestación personal del servicio por quien alega el vínculo, ha de presumirse que estuvo regulada por un contrato de tal estirpe; no obstante, debido al carácter legal de dicha presunción, la misma es susceptible de ser derruida por el presunto empleador que la soporta, demostrando que el vínculo fue de naturaleza diferente a la laboral.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, en sentencia radicada, 58895; SL2536-2018 del 04/07/2018 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno enseñó:

“Esta Sala ha reiterado que la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo está precedida de la obligación de acreditar la actividad personal del servicio del trabajador en favor del empleador demandado, situación que no se predica de la subordinación jurídica continuada, pues, pese a ser el elemento distintivo y esencial del vínculo laboral, recae sobre aquél la presunción legal del artículo 24 CST, que releva su demostración sin perjuicio de que pueda ser desvirtuada.”

En consecuencia, para descartar el elemento esencial de la subordinación, incumbe a quien ha sido señalado como empleador probar que, no obstante tratarse de un servicio personal, este no fue continuado sino instantáneo, o que no fue subordinado o dependiente sino autónomo, modalidades que pueden conducir a la determinación de la existencia de una relación jurídica de contenido ajeno al derecho del trabajo.

3.2.2. Naturaleza del contrato de prestación de servicios

El contrato de prestación de servicios, es un contrato de naturaleza civil o comercial en el que se pacta un objeto a desarrollar o un servicio que se debe prestar, a cambio de un pago o contraprestación a título de honorarios, el contratista tiene cierta libertad para ejecutarlo por cuanto no está sometido a la continuada subordinación o dependencia.

La Jurisprudencia ha reconocido que la subordinación jurídica es de la esencia del contrato de trabajo, de manera que la ausencia de ella, daría lugar a la configuración de un contrato de naturaleza civil donde se refleja la autonomía e independencia en la prestación del servicio.

De esta manera, la autonomía e independencia propia de la vinculación civil es diferente, porque en ésta el contrato se inspira en la igualdad formal de las partes, mientras que, en el contrato de trabajo, rige la primacía de la realidad, acorde con las condiciones reales de la prestación del servicio.

Respecto a este tipo de contrato, ha señalado la jurisprudencia reiteradamente y recogido en reciente pronunciamiento¹ lo siguiente:

“Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

Ahora, el contrato de prestación de servicios que puede revestir diferentes denominaciones, entre otras, «convenio de asociación», se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de contratación no está vedado a una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo.

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

¹ Rad. 74316, Providencia SL2171-2019 del 05/06/2019 PONENTE: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

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

Estas precisiones adquieren mayor relevancia en el sub lite, dado que la controversia se suscita entre un profesional médico y una entidad prestadora de servicios de salud, ambos sometidos a las reglas del sistema de seguridad social en salud previstas en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la complementan y reglamentan, como la Ley 1164 de 2007 o ley de talento humano en salud.

Ello, porque el subsistema de salud se rige por un conjunto de principios, normas y procedimientos a los cuales deben someterse todos los actores del sistema, incluidos los profesionales de la salud. Asimismo, debe considerarse que una de las transformaciones más relevantes es que las instituciones aseguradoras o prestadoras de servicios de salud deben cumplir con la normativa que las regula, por lo cual frecuentemente se ven compelidas a trasladar algunas de las obligaciones en quienes prestan el servicio de manera directa al paciente, como es el caso de los médicos.

Esas circunstancias, en ocasiones, pueden dar a entender que el contratista de prestación de servicios está subordinado a la empresa contratante; de ahí que, ante esa situación, el juez también está en la obligación de determinar, en cada caso en particular, si la imposición y correlativo cumplimiento de las funciones que debe desempeñar el demandante, son derivadas del sistema de salud o, por el contrario, son las propias del contrato de trabajo.”

3.2.3. Valoración probatoria

En lo que respecta a la valoración probatoria, el artículo 61 del Código Procesal Laboral establece la libre formación del convencimiento, ello implica que el Juez al valorar la prueba, puede acudir a los criterios propios de la sana crítica y las máximas de la experiencia, fijándole a las pruebas el alcance que estime pertinente, salvo claro está, en aquellos casos en los cuales se exija prueba solemne, pudiéndose únicamente acreditar el hecho respectivo con el medio que fije la Ley, no obstante el otro componente de esta disposición predica que el juez para formar su convencimiento debe observar la conducta adoptada por las partes en el trámite litigioso.

3.3. CASO CONCRETO

Cuando se reclama la declaración de existencia del contrato de trabajo, ya quedó dicho, al demandante le basta con acreditar la prestación personal de servicios para que se abra paso la presunción consagrada en el artículo 24 del CST, quedando el presunto empleador con la carga de desvirtuarlo.

En el presente asunto, desde la contestación de la demanda, quedó acreditada la prestación de servicios por parte de la señora Yolima Serna para la Sociedad TODOMED LTDA., cumpliendo funciones como auxiliar de enfermería, pues así fue admitido; advirtiéndose sin embargo en ese mismo acto, que el vínculo se surtió a través de un contrato de prestación de servicios.

Aunque el contrato de prestación de servicios fue aportado tanto con la demanda, como en la audiencia de contestación, fol. 7 y 46, indica la actora, que esa vinculación fue aparente y que, en la realidad, la contratante ejecutaba actos de verdadero empleador, solicita por tanto, que en aplicación del principio de la primacía de la realidad, se declare la existencia de un contrato de trabajo y se condene a dicha entidad al pago de las acreencias surgidas de la relación.

De acuerdo a lo anterior, el interrogante a desatar reside en determinar la existencia o no del contrato de trabajo, precisando que la carga de la prueba la tiene la referida entidad, como quiera que, {acreditada como quedó la prestación personal de servicios con la aceptación de la Clínica y la copia del contrato}, la obligación de desvirtuar la presunción de existencia del contrato de trabajo (art. 24 CST), la tiene la accionada.

En la tarea de defensa, la demandada, como ya se dijo, allegó copia del contrato de prestación de servicios; en este documento, en su clausula primera se advierte que la señora Yolima Serna se obligó a prestar el servicio de auxiliar de enfermería, se estableció como término 18 de noviembre de 2015 al 31 de diciembre de 2015; en su clausula tercera se puntualizaron los honorarios y formas de pago; en el numeral cuarto se apuntó expresamente que dicho contrato no constituía vínculo laboral; a folios 47 y 48 se aprecian las cuentas de cobro de los meses de noviembre y diciembre por valor de \$319.500 y \$395.500, respectivamente y a folios 50 se aprecia un cuadro con los turnos cubiertos por la señora Serna. Hasta aquí la documental.

La parte demandada pidió oír en Interrogatorio a la demandante (Min 38:09 audio uno), de su ponencia se extrae lo siguiente:

“Indicó que cuando firmó el contrato, lo leyó y en ese momento no se sintió ni engañada ni forzada a firmarlo, pero recuerda que le dijeron que el contrato era indefinido, pues no tenía fecha de terminación, señaló que solo le cancelaron una parte del contrato, sólo \$800.000 pesos y fue como a los 6 meses de haberse retirado y le quedaron debiendo como \$350.000; indicó que ella tenía en sus cuentas que se iba a ganar \$45.000 por día y por eso tenía que ganarse más de un millón de pesos; indicó que la sociedad le asignaba un sitio y un paciente y ella tenía que llegar directamente allí, y señaló que laboraba de 7 a.m. a 7 p.m. siempre; admitió que el contrato aportado al expediente es el que firmó, señaló que como cuidadora de pacientes podía no acudir al lugar de prestación del servicio dejando un reemplazo de la misma empresa y coordinando el acto previamente, señaló que sabía exactamente lo que tenía que hacer dependiendo de las patologías del paciente y lo ordenado por el médico tratante, pero en la casa de ellos (de los pacientes), prestaba su servicio como sabía sin que nadie le diera ordenes específicas y que solo a veces los familiares del paciente le daban algunas instrucciones; aseguró que no volvió a trabajar porque no tenía los implementos necesarios pues TODOMED no los mandó, señaló que pagó su propia seguridad social.”

Esa declaración, para la Sala, permite inferir el cumplimiento del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes y la voluntad de la demandante en suscribirlo, incluso se advierte que la deponente admitió que no recibía órdenes y podía no acudir a su turno siempre que dejara el respectivo reemplazo. Para reforzar su tesis la parte demandada hizo concurrir a las testigos Yolanda Perlaza y Angie Marcela Tique:

Yolanda Perlaza Calle (min 1:38:57 audio 1)

Jefe gestión humana TODOMED Ltda., señaló no conocer a la demandante personalmente, pero conoce del caso, aseguró que a la demandante se le contrató para unas actividades específicas de enfermería en casa, que el contrato se firmó para el desarrollo de las funciones y los prestadores se comprometen a cumplir con los turnos que se les asigne, en el caso de la demandante fueron unos pocos días de cada mes conforme se ve de las cuentas de cobro, señaló que a la demandante nadie le impartía ordenes, ella por sus propios conocimientos y los requerimientos de las fórmulas medicas de cada paciente debía saber lo que tenía que hacer, el pago de los servicios se hacía conforme los procedimientos de validación de la prestación del servicio y las aprobaciones requeridas; señaló que si ella no podía acudir se nombraba un reemplazo que podía ser la enfermera jefe u otra auxiliar

Angie Marcela Tique Valencia (Min 1:48:57 audio 1)

Enfermera jefa de TODOMED Ltda.; partió por indicar que no laboró con la demandante, señaló que el procedimiento para la contratación de las auxiliares de enfermería empieza con la recepción de las hojas de vida, se les informa la forma de contratación que es de prestación de servicio, que cada quien debe pagar su seguridad social y demás, se les hace la entrevista y pasan a la evaluación de conocimiento de los procedimientos, aseguró que los auxiliares para manejo de paciente en casa no cumplen horario, ni ordenes, cumplen los compromisos propios del contrato, y depende de la disposición de la enfermera.

Pues bien, revisadas esas declaraciones, se advierte que en realidad la rendida por la señora Angie Marcela Tique, si bien ilustra de modo general el modo en que se contratan a los auxiliares de enfermería para la fecha de la declaración, lo cierto es que no puede dar con exactitud fe de como ocurrió, ni de cómo se desarrolló el contrato de la demandante, pues la testigo no laboraba para la sociedad demandada para la época de vinculación de la demandante, sin embargo la señora Yolanda Perlaza si lo hacía, y si bien admitió que no

conoció directamente a la demandante, si estuvo encargada de los trámites administrativos que tuvieron que ver con su vinculación, dado su cargo en gestión humana; se recuerda que esta deponente aseguró que a la demandante se le contrató para unas actividades específicas de enfermería en casa, que la demandante como prestadora de un servicio se comprometió a cumplir con unos turnos acordados y que fueron unos pocos días de cada mes, aseguró que a la demandante no se le impartían ordenes y que las funciones las desarrollaba dados sus propios conocimientos en la materia y aseguró que la demandante si no podía o no quería acudir a prestar su servicio simplemente debía informar la situación y se le buscaba un reemplazo.

Para la Sala, esa declaración, en consonancia con la versión de la misma actora, permiten colegir que, en realidad, la segunda de las mencionadas realizaba su labor sin subordinación alguna y en ejercicio del contrato civil que suscribió dentro del cual la señora Serna era libre de determinar como prestaba sus servicios, sin condicionamientos diferentes a los pactados en el mencionado acuerdo y las normas generales de su profesión.

No obstante lo anterior, para acreditar la sujeción a órdenes e instrucciones por parte de la sociedad, la actora convocó a declarar al representante legal de la demandada y citó como testigo a la señora María Alicia Vergara serna.

Ponencias que se resumen así:

Representante legal demandada (min 1:06:02 audio uno)

Señaló que en efecto se pactó contrato de prestación del servicio de enfermería con la señora Serna, que ella presentó 2 cuentas de cobro para el respectivo pago de sus honorarios en los que se hacía referencia a 10 turnos en noviembre y 9 en diciembre, que el pago se esos turnos varía dependiendo de la intensidad horaria pues pueden ser de 8, 10 y 12 horas, como se encuentra estipulado en el mismo contrato que se suscribió; aseguró que la modalidad de la contratación es la necesaria para el tipo de servicio que presta la sociedad, pues es muy variable teniendo en cuenta que la cantidad de pacientes varía constantemente ya sea porque se dan de alta o sucede cualquier otro evento, y aseguró que en caso de que la señora serna era una vendedora del servicio y podía avisar con anticipación que no acudiría al sitio asignado y en ese evento la sociedad entraba a cubrir esa plaza con su propio persona dada las características propias y lo delicado del servicio que se presta, aseguró que la única consecuencia que generaba no prestar el servicio era el no pago, pero admitió que en caso de incumplimiento sistemático de las obligaciones contractuales, en el mismo contrato se señala que el contrato se puede disolver o simplemente no volver a contratar con ella. Aseguró que nunca se le indicó que el contrato era indefinido y por lo mismo es que en el contrato se señaló un término específico, aseguró que la sociedad programa los turnos dependiendo de las necesidades de los pacientes; y se le ofrece a los prestadores del servicio turnos y se cuadra con ellos.

Testigos

María Alicia Vergara serna (min 1:29:23 audio 1)

Auxiliar de enfermería, señaló que conoce a la demandante desde hace 40 años son primas, conoce la existencia de la sociedad TODOMED LTDA; aseguró que sabe que la demandante trabajó con esa sociedad como auxiliar de enfermería porque ella le comentó, no sabe quién la contrató, ni el tipo de contrato; no sabe si tenía que cumplir horario, ni sabe si le daban ordenes, no sabe cuánto ganaba, ni cuanto le ofrecieron, ni donde prestó el servicio.

Escuchadas y analizadas las declaraciones, estima esta Colegiatura, que contrario a lo pretendido por la actora, las mismas no hacen mas que ratificar la tesis de inexistencia del contrato de trabajo, pues del representante legal no se obtuvo confesión alguna y en cambio, se ratificó en la existencia de un contrato civil, mientras que la testigo nada aportó, pues en realidad sus conocimientos devienen de los comentarios que le hizo la misma demandante, es decir, no tenía ningún conocimiento directo de los hechos.

Consecuente con lo anterior, no tiene otro camino esta Sala que confirmar el fallo consultado, por cuanto los argumentos esgrimidos por el Juez de instancia se acompañan con la realidad legal y probatoria imperante dentro del informativo.

4. COSTAS

No hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, como quiera que el conocimiento del asunto derivó del ejercicio del grado jurisdiccional de consulta.

5. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la **Sentencia No. 84 del trece (13) de agosto de dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el **Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira**, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **YOLIMA SERNA** contra **TODOMED LTDA.**, conforme a las razones que anteceden.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

TERCERO: DEVUÉLVASE la actuación al juzgado de origen, una vez en firme la presente sentencia.

Notifíquese y cúmplase

Las Magistradas,



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE
Ponente

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
(Ausencia justificada)



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR

Firmado Por:

CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 001 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:

8de51af9646fdb5facc870c00a266b7922fa2d54b92cc8a5e4eab5c555544765

Documento generado en 07/10/2020 02:57:33 p.m.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA LABORAL**



| | |
|-------------------|--|
| REFERENCIA | EJECUTIVO LABORAL – APELACION |
| DEMANDANTE | JORGE IVAN CARDONA GALEANO |
| DEMANDADO | INVERSIONES GRUPO C. LOZANO S.A.S. Y OTROS |
| RADICACION | 76-622-31-05-001-2018-00126-01 |

AUTO No. 0444

Guadalajara de Buga, siete (7) de octubre del año dos mil veinte (2020)

Conforme a lo estipulado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, **CORRASE TRASLADO A LAS PARTES** por el término de común de cinco (5) días para que éstas procedan de acuerdo al precitado artículo, a presentar alegatos; informándose que las alegaciones pueden presentarse vía correo electrónico a la dirección institucional de la Secretaría de la Sala Laboral de esta Corporación: **sslabbuga@cendoj.ramajudicial.gov.co**, y que surtido el traslado correspondiente se dictará en forma escrita la sentencia respectiva.

NOTIFIQUESE este auto por anotación en estado.

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA LABORAL**



| | |
|-------------------|--|
| REFERENCIA | ORDINARIO LABORAL – APELACION |
| DEMANDANTE | ROBERTO CARLOS NOLASCO HERNANDEZ |
| DEMANDADO | CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO Y OTRO |
| RADICACION | 76-109-31-05-001-2017-00229-01 |

AUTO No. 0445

Guadalajara de Buga, siete (7) de octubre del año dos mil veinte (2020)

Conforme a lo estipulado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, **CORRASE TRASLADO A LAS PARTES** por el término de común de cinco (5) días para que éstas procedan de acuerdo al precitado artículo, a presentar alegatos; informándose que las alegaciones pueden presentarse vía correo electrónico a la dirección institucional de la Secretaría de la Sala Laboral de esta Corporación: **sslabbuga@cendoj.ramajudicial.gov.co**, y que surtido el traslado correspondiente se dictará en forma escrita la sentencia respectiva.

NOTIFIQUESE este auto por anotación en estado.

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada



**REFERENCIA: Apelación y consulta de sentencia proferida en proceso ordinario de HAROLD MOTOA SÁNCHEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
Radicación Única Nacional No. 76-520-31-05-001-2016-00175-01**

AUTO NO. 0446

Guadalajara de Buga, siete (7) de octubre del año dos mil veinte (2020).

Revisado el expediente se observa que el asunto fue admitido como consulta, cuando en realidad viene a esta Corporación como apelación y consulta de sentencia; en consecuencia, **AVÓCASE** también el conocimiento del presente asunto **en lo que a la apelación presentada por COLPENSIONES se refiere** y, conforme a lo estipulado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en primer lugar **CORRASE TRASLADO A LA PARTE APELANTE** por el término de cinco (5) días para que ésta proceda de acuerdo al precitado artículo, a presentar alegatos; vencido el término indicado y en segundo lugar; **CÓRRASE TRASLADO A LA PARTE NO APELANTE** por idéntico término con el mismo fin, informándose que las alegaciones pueden presentarse vía correo electrónico a la dirección institucional de la Secretaría de la Sala Laboral de esta Corporación: **sslabbuga@cendoj.ramajudicial.gov.co**, y que surtido el traslado correspondiente se dictará en forma escrita la sentencia respectiva.

NOTIFIQUESE este auto por anotación en estado.

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada



| | |
|-------------------|---|
| REFERENCIA | ORDINARIO LABORAL – APELACION Y CONSULTA |
| DEMANDANTE | GLADYS OLMEDO PORTOCARRERO |
| DEMANDADO | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES |
| RADICACION | 76-109-31-05-002-2017-00049-01 |

AUTO No. 0443

Guadalajara de Buga, siete (7) de octubre del año dos mil veinte (2020)

Conforme a lo estipulado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en primer lugar **CORRASE TRASLADO A LA PARTE APELANTE** por el término de cinco (5) días para que ésta proceda de acuerdo al precitado artículo, a presentar alegatos; vencido el término indicado y en segundo lugar; **CÓRRASE TRASLADO A LA PARTE NO APELANTE** por idéntico término con el mismo fin, informándose que las alegaciones pueden presentarse vía correo electrónico a la dirección institucional de la Secretaría de la Sala Laboral de esta Corporación: sslabbuga@cendoj.ramajudicial.gov.co, y que surtido el traslado correspondiente se dictará en forma escrita la sentencia respectiva.

NOTIFIQUESE este auto por anotación en estado.

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
GRUPO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: DIEGO FERNANDO BOLAÑOS CUASAPUD Y OTROS
DEMANDADO: HACIENDA SANTA ROSA
RADICACIÓN: 76-520-31-05-002-2015-00279-02

Guadalajara de Buga, Valle, siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020),

Conforme lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del presente año, la Sala Segunda de Decisión Laboral, procede a revisar en forma escrita y previo traslado para alegaciones finales, el **recurso de apelación** interpuesto contra la **Sentencia No. 42 del dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018)**, proferida por el **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle del cauca** dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Dentro del término concedido a las partes para presentar alegatos (mediante auto 493 del 9 de septiembre del año corriente), el apoderado judicial de la parte pasiva allegó escrito a través del cual señaló que la relación sostenida entre el señor Nicanor Bolaños (QEPD) y la Hacienda Santa Rosa estuvo regida por un contrato de trabajo, que estuvo envuelto por todas las garantías legales; señaló que la forma de la muerte del mentado señor, se encuentra totalmente clara, tratándose de un homicidio ocurrido en una carretera pública, en horas de la noche y una vez terminadas sus actividades laborales, como se prueba con el acta de levantamiento del cadáver y aseguró que no se puede predicar una culpa patronal respecto de la muerte del ex trabajador, porque no se produjo en relación o con ocasión al trabajo.

Señaló que la asignación salarial señor Nicanor para el año 2014 fue de \$1.100.000, lo que quedó probado con el aporte de 1.600 folios contables y no mas alta como aseguraron los demandantes, pide en consecuencia se confirme la decisión emitida en primera instancia.

La parte demandante guardó silencio.

En vista de que no quedan trámites pendientes por evacuar, se procede a proferir la

SENTENCIA No. 203
Discutida y aprobada mediante Acta No. 39

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL.

DIEGO FERNANDO BOLAÑOS CUASAPUD, MARTA LUCIA CUASAPUD MORAN, SANDRA LILIANA BOLAÑOS CUASAPUD Y CLAUDIA LORENA BOLAÑOS CUASAPUD demandan a la HACIENDA SANTA ROSA S.A., en procura de la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo; consecuentemente piden la reliquidación de la liquidación final del contrato teniendo en cuenta el salario realmente devengado que ascendía a la suma de \$5.576.086; sanción moratoria por pago incompleto de las prestaciones sociales, así como el pago del excedente a seguridad social en pensiones; adicionalmente piden el pago de lucro cesante, perjuicios morales a favor de cada uno, pago de seguro de vida o de cualquier

índole que se haya contratado en caso de muerte de alguno de los trabajadores perjuicios que se consagran en el Art. 216 por culpa suficientemente demostrada por no tener buena seguridad en la hacienda. Insiste en la reliquidación de prestaciones sociales.

Sustentaron sus pedimentos en un listado amplió de hechos (fol. 61 a 69) dentro de los que se destacan los siguientes: Que el señor Nicanor Bolaños Madroñero se vinculó laboralmente con la demandada desde el 3 de noviembre de 2010 y hasta el 30 de mayo de 2014 fecha de su fallecimiento, que siempre estuvo vinculado a la ARL COLPATRIA, que las labores desempeñadas fueron como administrador de la hacienda; que no contaba con horario fijo por ser trabajador de confianza, que inició con un salario de \$800.000 y finalizó en \$1.100.000, según la base cotizada a seguridad social, pero que en los extractos bancarios se advierten otros valores muy superiores, contando además con las bonificaciones y auxilio de vehículo y auxilio de cuota de manejo de tarjeta de ahorro, las cuales eran de carácter permanente y por tanto constituyen salario; que el día 30 de mayo de 2014 el señor Nicanor Bolaños perdió la vida ejerciendo sus labores como administrador; que ese día a eso de las 6:30 recibió una llamada del señor Orlando Mesa para que fuera a tanquear un carro y a las 6:40 recibió la llamada de la señora Zayra quien es esposa de un trabajador de la hacienda informándole que el último había sufrido un accidente y necesitaba que lo llevara al hospital; que el demandante nunca regresó, pues fue herido según informó a su esposa el vigilante Armando Vargas, dada la precaria vigilancia en el sitio; que los demandantes sufrieron un daño moral y gran aflicción; que la demandada pagó a la señora Martha la liquidación final en suma de \$2.977.271

Admitida la demanda y debidamente notificada la misma, la pasiva presentó contestación, (Fol. 93 y ss.) mediante la cual declaró como ciertos algunos hechos y negó los demás; se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones que denominó: "INEXISTENCIA DE UN CONTRATO LABORAL DISTINTO AL CELEBRADO EL 16 DE NOVIEMBRE DE 2010 ENTRE EL SEÑOR NICANOR BOLAÑOS Y LA HACIENDA SANTA ROSA; INEXISTENCIA DE UN SALARIO DISTINTO AL PROBADO CON LOS VOLANTES DE NÓMINA; INEXISTENCIA DE MALA FE POR PARTE DE LA HACIENDA SANTA ROSA; INEXISTENCIA DE VIOLACION DE LOS DERECHOS LABORALES; INEXISTENCIA DE OBLIGACION DE PAGAR DAÑOS, PERJUCIOS, LUCRO CESANTE, COSTAS Y AGENCIAS; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE PAGO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA"

Por auto No. 574 del 2 de diciembre de 2015, se dio por contestada la demanda y se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación.

Surtido en legal forma el trámite procesal de primera instancia, mediante **Sentencia No. 42 del dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018)**, el **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle del Cauca**, resolvió absolver a la demandada de las pretensiones invocadas por Diego Fernando Bolaños Cuasapud y demás demandantes y se abstuvo de imponer condena en costas a la parte activa.

2. MOTIVACIONES

2.1. DEL FALLO

El escrito de sentencia puede apreciarse en el acta de audiencia, del folio 1867 vto., al 1870 vto. El juez para arribar a la decisión absolutoria partió por explicar el Art. 216 del CST y señaló que, si bien la parte demandante pretende hacer ver al despacho que el señor Nicanor falleció por culpa de su empleador, esta situación no se torna cierta teniendo en cuenta los hechos y circunstancias narradas por los testigos y así las cosas indicó que para el despacho no quedó demostrada la culpa del empleador. Seguidamente hizo un análisis de la culpa y arribó a la conclusión ya referida.

Estudió lo relativo al salario devengado por el trabajador fallecido y tras analizar la prueba aseguró que la liquidación final fue correcta, así como los aportes a seguridad social y las cesantías y señaló que no hay lugar a condena económica alguna. Se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida.

2.2. DE LA APELACIÓN DEMANDANTE

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso en su contra; señaló que los testigos solicitados por la parte demandante Carlos Cobo, Armando Varela, Marcelino vivas y Oscar Ochoa no se hicieron presentes y podían dilucidar un poco mas el acervo probatorio y llevaría a cambiar la decisión, indicó que existe un contrato realidad en las funciones que desempeñaba el señor Nicanor.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Cuestión preliminar.

Dispone el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que en los casos en que la providencia se emita en audiencia, el recurso de apelación debe ser propuesto y sustentando en este mismo acto, atendiendo además lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 2 de 1984.

En esa sustentación, resulta indispensable, que el apelante señale, de manera clara, precisa y suficiente, las razones de su inconformidad, indicando con argumentos, qué apartes de la decisión emitida deben ser revocados, o si es la totalidad de la misma.

Ese ejercicio argumentativo implica rebatir las bases de la providencia apelada, no es cualquier manifestación que realice el apoderado, sino un verdadero discurso que cuestione los elementos fundamentales de la decisión y le brinde al superior elementos de juicio para tomar una decisión contraria, teniendo en cuenta la consonancia establecida en el artículo 66 A del CPTSS.

Pues bien, vistos los términos en que fue concedió el recurso por parte del a quo, en el sentir de la suscrita Magistrada, no existe para la apelación un argumento real, claro, preciso, que permita abordar el análisis del mismo, pues el ejercicio argumentativo del apelante no resulta suficiente para ello, la sustentación se limita únicamente a señalar unas pruebas que no fueron recaudadas en el plenario sin exponer nada más, esto es sin remitirse al punto o puntos de desacuerdo en la providencia que atacó, sin señalar exactamente qué pretendía si era revocatoria o modificación.

Así las cosas, y teniendo en cuenta además, que las pruebas a que hizo referencia no se recaudaron por la incomparecencia de los testigos, sin que se presentara justificación al respecto, ni solicitud adicional de la parte, es del caso señalar que el recurso interpuesto es inadmisble; no obstante, y teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente adversa a las pretensiones de la parte actora, se conocerá el asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Conforme con lo anterior, corresponde verificar si la decisión emitida en primera instancia, se acompasa a la realidad legal y jurisprudencial atinentes a la culpa del empleador y lo referente a salario.

3.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES Y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

3.3.1. De la culpa patronal

Entrando en materia, parte esta sala por definir el concepto de culpa, misma que se representa como aquella acción del agente que habiendo podido ser prevista, no lo fue, y que causa un daño; o aquella en que el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, o en la que los previó, pero confió imprudentemente en poder evitarlos.

El Art. 216 de la codificación sustantiva del Trabajo, establece una forma de indemnización total y ordinaria por los daños causados al trabajador o a sus causahabientes, que se encuentra soportada en la culpa del empleador en el desencadenamiento de un suceso dañoso; en esta forma de responsabilidad, la culpa del empleador es el elemento esencial en la ocurrencia del percance laboral, configurándose como una responsabilidad subjetiva cimentada en la culpa.

Ahora bien, es menester definir el grado de culpa y responsabilidad que recae sobre el empleador en el acaecimiento de accidentes en el lugar de trabajo, para total comprensión es del caso acudir a la sentencia SL2845-2019 Radicación No. 77082, mediante la cual la Corte Suprema de justicia en su Sala de Casación Laborar enseñó lo siguiente:

“Para resolver se hace necesario acudir a las normas de carácter civil, a fin de precisar en qué consisten los diversos grados de culpa y, en tal medida, cuál es la responsabilidad del deudor. Así, el artículo 63 del Código Civil hace una distinción clara entre la culpa grave, la leve y la levísima y explica que, la primera consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; que la segunda se configura por la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, tal como lo haría un buen padre de familia; mientras que la levísima se presenta cuando no se emplea la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

En armonía con dichas definiciones, el artículo 1604 ibídem establece que el deudor es responsable de la culpa grave en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en aquellos en que el deudor es el único que reporta beneficio, todo, sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes.

Lo anterior significa que, en principio, la culpa derivada de los accidentes y enfermedades de origen laboral que se presentan en desarrollo del contrato de trabajo es la leve. Sin embargo, ello no siempre es así, tal como lo ha definido esta Sala al considerar que en ciertos casos también se configura la culpa grave del empleador cuando, por ejemplo, a sabiendas del peligro inminente que deben afrontar sus trabajadores en zonas de conflicto armado, deliberadamente los envía a laborar sin haber tomado las medidas de seguridad necesarias (CSJ SL16367-2014).”

Así pues, estando frente a un contrato en que existía beneficio recíproco de las partes, se debe aplicar por defecto el concepto de culpa leve, esto es aquella falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en la realización de sus negocios propios.

Ahora bien, vale la pena recordar que para que procedan las indemnizaciones derivadas del Art. 216 atrás relacionado, la culpa debe estar comprobada, es decir que esta no se puede presumir; al respecto se puede traer a colación el reciente pronunciamiento (SL633-

2020 Radicación No. 67414) de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, cuando ocupándose del tema que hoy estudia esta colegiatura, reiteró una posición que ha adoptado desde antaño y se ratificó en ella al señalar lo siguiente:

“En atención al reproche esbozado en el cargo, le corresponde a la Corte evaluar si el Tribunal incurrió en algún error de hecho manifiesto al concluir que «dentro del plenario no existía prueba fehaciente de la cual se pudiera establecer el nexo causal entre la conducta que se le enrostra a la accionada y la enfermedad profesional que padece la actora»; y, por tanto, si existía mérito o no, para imponer la indemnización plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

En primer lugar, debe recordarse que esta Sala en reiteradas ocasiones (verbigracia, sentencia SL17058-2017), ha clarificado que la institución jurídica de la indemnización plena de perjuicios, estatuida en el artículo 216 del C.S.T, pretende, precisamente, el resarcimiento del daño que se origina por razón o con ocasión del trabajo, pero cuya ocurrencia se encuentra ligada a la responsabilidad subjetiva del empleador.

En otros términos, para que se abra paso al resarcimiento en comento, es preciso que, además de la demostración del daño a la integridad o a la salud del trabajador, con ocasión o como consecuencia del trabajo, se encuentre suficientemente comprobada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, esto es, que exista prueba certera del incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, que conforme al artículo 56 ibidem., de modo general, le corresponden, y el nexo causal, con el accidente o enfermedad profesional padecida.

Así mismo, según las reglas de la carga de la prueba, la comprobación suficiente de la culpa patronal, le corresponde asumirla al trabajador demandante o sus beneficiarios, es decir, son aquellos, quienes además de demostrar el daño o lesión en la salud, deben comprobar la negligencia y descuido del empleador y su nexo de causal. En esa misma línea, ha adocinado la Corte que, una vez comprobada la negligencia u omisión en las obligaciones patronales, y teniendo en cuenta lo consagrado en el art. 1604 del Código Civil, si el empleador pretende cesar o desvirtuar su responsabilidad, debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal como lo dispone el art. 1757 ibídem (ver sentencias CSJ, SL12707-2017 y SL 17058-2017).

De lo anterior se infiere que cuando se reclama por vía judicial la indemnización plena u ordinaria, el trabajador o sus causahabientes soportan la carga de probar el hecho generador del daño, la culpa del empleador y la relación de causalidad entre el comportamiento culposo y el perjuicio.

Por su parte, en sentencia SL11877-2017 Radicación 45109, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, a través del M.P. Gerardo Botero Zuluaga señaló:

“La indemnización plena y ordinaria de perjuicios consagrada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, es una regulación autónoma de la responsabilidad patronal, que sólo puede ser declarada en la medida en que esté acreditado el hecho o hechos que la demuestren suficientemente, por lo que se excluye cualquier presunción, salvo contadas excepciones que no aplican al caso.

Al respecto esta Sala, en sentencia CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 42374, expuso:

Con todo, cumple acotar que lo que la línea jurisprudencial de esta Sala de la Corte ha decantado, es que conforme al texto del precepto legal varias veces citado, el éxito de la pretensión indemnizatoria está supeditado a la cabal demostración de la culpa del

empresario en la producción del resultado dañoso para el asalariado como, por ejemplo se dejó dicho en sentencia de 5 de septiembre de 2000, radicación 14718:

“En efecto, la mentada disposición es categórica al tener como supuesto indispensable de la indemnización plena el que la culpa del empleador en la ocurrencia del siniestro sea suficientemente comprobada, lo que excluye que el punto sea materia de presunción alguna o que la carga de probar lo contrario corresponda a quien proporciona el trabajo, tal como lo entendió el ad quem en este asunto. Interpretación que, por otra parte, es la que de manera explícita ha dado la Sala de Casación Laboral de la Corte en repetidas ocasiones, para lo cual basta consultar, entre otras, la sentencia de 30 de marzo de 2000, donde en lo esencial se dijo:

<... resulta pertinente anotar que no encuentra la Corte que haya sido equivocada la interpretación del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece que el patrono “está obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios” cuando haya sido suficientemente comprobada su culpa en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, pues, como ha tenido oportunidad de precisarlo, entre otras en las sentencias memoradas por el Tribunal en su fallo, dicha obligación queda a su cargo cuando –como expresamente dice la norma- “exista culpa suficientemente comprobada del patrono”, exigencia legal que no permite que sea dable presumir dicha culpa incluso en aquellos casos en que realice “actividades peligrosas”. Ello por cuanto no puede pasarse por alto que fue el surgimiento del maquinismo y de la moderna industria lo que obligó a dictar leyes que regularan de manera especial los accidentes de trabajo.

Con este breve recuento de la evolución que ha tenido la reparación de los perjuicios por los riesgos de trabajo - señala el fallo materia de esta reproducción parcial, luego de hacer una síntesis de los diferentes momentos que la figura ha tenido en Colombia - se facilita determinar el contenido y alcance de los preceptos legales que regulan la materia, conforme a los cuales la regla general es la de que el empleador responde objetivamente por los daños que el trabajador sufra a consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, por lo que constituye una situación excepcional la indemnización total y ordinaria por perjuicios, y únicamente procederá si la enfermedad profesional o el accidente de trabajo ocurre por existir “culpa plenamente comprobada del patrono>”. (subrayado fuera de texto)”

Con todo lo anterior queda claro con suficiencia, que existen dos diferentes tipos de responsabilidad en el acaecimiento de un accidente de tipo laboral: la objetiva y la subjetiva, siendo esta última la que debe probarse en casos como el que ocupa la atención de la Sala; queda también claro que pueden ser distintos los grados de la culpa que se predicen en el acaecimiento de un accidente de tipo laboral, siendo por regla general la culpa leve, así mismo quedó evidenciado que se debe descartar de tajo la teoría de la “presunción de la culpa”.

Se tiene pues, que para que se cause la indemnización consagrada en el CST Art. 216, deben encontrarse suficientemente comprobados: la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, el daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo y el incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad que, según lo preceptuado por el artículo 56 ibídem, de modo general le corresponden.

Sobre el tema, la Sala de Casación Laboral en Sentencia del 30 de junio de 2005, rad. 22656, reiterada en providencias del 14 de agosto de 2012 (Radicación No. 39446) y en la del 10 de julio de 2013 (Radicación No. 42561), señaló lo siguiente:

“Los deberes de protección y seguridad que tiene el empleador con su trabajador le imponen comportarse y conducirse en el desarrollo y ejecución de la relación de trabajo de conformidad con los intereses legítimos del trabajador, los cuales, a su vez, le demandan tomar las medidas adecuadas, atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que aquél sufra menoscabo de su salud o integridad a causa de los riesgos del trabajo. Cuando ello no ocurre así, esto es, cuando se incumplen culposamente estos deberes que surgen del contrato de trabajo emerge, entonces, la responsabilidad del empleador de indemnizar ordinaria y totalmente al trabajador los daños causados” (Rad. 22656)

De todos los pronunciamientos reseñados se extraen las siguientes sub reglas:

- 1. Se debe acreditar la ocurrencia del riesgo-accidente de trabajo o enfermedad profesional.*
- 2. Demostrar la concurrencia de “culpa suficientemente comprobada del empleador”.*
- 3. Al trabajador o sus causahabientes les compete acreditar la culpa al menos leve del empleador, que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear “diligencia o cuidado ordinario o mediano en la administración de sus negocios”.*
- 4. La prueba del mero incumplimiento en la “diligencia o cuidado ordinario o mediano” que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral.*
- 5. “La prueba de la diligencia o cuidado ordinario o mediano, incumbe al que ha debido emplearlo”, tal y como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados.*

No sobra recordar, que hay una regla general del derecho, que impone a cada una de las partes probar las situaciones de orden factico en que cimientan sus pretensiones; así el artículo 167 C.G.P., aplicable por analogía al juicio laboral, establece en su inciso primero:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

(...)

Con la anterior claridad, se procede a verificar cada uno de los puntos o sub reglas que líneas atrás fueron señaladas, dejando fuera de todo debate la existencia del contrato de trabajo entre el señor Nicanor Bolaños y la demanda Hacienda Santa Rosa.

Conforme al derrotero expuesto, lo primero que debe verificarse es la ocurrencia del “riesgo-accidente de trabajo o enfermedad profesional”; al respecto, se tiene la plena certeza del deceso del señor Nicanor, de ello no hay duda, pues el folio 30 del expediente da cuenta de ello, sin embargo, revisada exhaustivamente la totalidad de la extensa prueba allegada por ambas partes, advierte esta colegiatura, que en realidad no reposa reporte de accidente de trabajo, ni investigación adelantada por la ARL, ni un informe elevado por la demandada, que refiera que el deceso del señor Bolaños Madroñero ocurrió en ejecución de sus labores.

A folio 1817, se aprecia la constancia emitida por la fiscalía 147 de Palmira Valle del Cauca, documento que da cuenta que el fallecimiento del señor Nicanor Bolaños ocurrió por heridas de arma de fuego con ocasión del presunto delito de homicidio, hechos que ocurrieron en vía pública en el corregimiento de La Pampa kilómetro 3 frente a la Hacienda Santa Rosa;

en dicha constancia no se reporta si el hecho se presentó en ejecución de alguna labor, no se indica si la víctima mortal intentó detener algún huerto, en fin no se da detalle alguno que revele que en efecto el evento pueda calificarse como de tipo laboral.

No habiendo más pruebas documentales que sirvan para desentrañar el punto en controversia, es del caso proceder al estudio de los interrogatorios de parte que se practicaron.

Para ello se acude en primer termino al que rindió la señora Martha Lucia Cuasapud Moran (Min 9:51 audio 1 cd fol. 1872) esposa del trabajador fallecido:

Partió haciendo un recuento de lo sucedido el 30 de mayo de 2014, día del deceso del señor Nicanor Bolaños, manifestó que a las 7 de la noche Nicanor recibió una llamada de la esposa del señor Alfredo Hurtado quien le informó que aquel había sufrido un accidente pues como sufría de la vena varice esta se le reventó y por tanto le pidió ayuda, comenta que así las cosas el señor Nicanor acudió en su auxilio; relató que minutos después, tocaron muy duro a su puerta, era el señor Armando Vargas que estaba de vigilancia y les manifestó a ella y a su hija que su esposo estaba herido que llamara a la policía, relató que ella se desplazó hasta la casa de Albeiro encontrando que su esposo no estaba allí, que estaba en un callejón de la hacienda, que había recibido disparos, pero no supo quien lo mató; aseguró que no alcanzaron a llevarlo a ningún hospital y murió allí; manifestó que hubo unas amenazas previas de anteriores trabajadores de la hacienda, pero no sabe a ciencia cierta quien le disparó y no puede asegurar nada; señaló ser pensionada por el fallecimiento de su esposo por parte de Colpensiones; narró los pormenores de quienes vivían en su casa, indicó que quién corría con los gastos era el señor Nicanor, que el gasto ascendía a 500 o 600 mil pesos mensuales más la universidad de su hija y según sabía el salario ascendía a \$1'100.000, y que adicional le pagaban un auxilio de transporte y bonificaciones; admitió que él hacía todas las compras en la hacienda y le pagaba a algunos contratistas con plata de la finca, indicó que vivían en la hacienda y no pagaban ni arriendo, ni servicios; señaló tener sospecha de quien cometió el asesinato; señaló que el trabajador tenía muchas funciones y a veces tenía que hacer también funciones de vigilancia, e incluso le dieron un arma de fuego.

Seguidamente se escuchó al señor Carlos Ernesto Giraldo Giraldo (Min 27:53 audio 1 cd fol. 1872)

Aseguró que ocupa el cargo de administrador general de la compañía desde principios del año 2015, esto es con posterioridad al fallecimiento del extrabajador; indicó que supo que Nicanor trabajó en la hacienda en otro tiempo y bajo otra administración; señaló que en el contrato se puede ver los extremos de esa relación; relató que el trabajador fue el mayordomo de la hacienda y no sabe muy bien cuales eran las funciones, horarios, salarios no sabe si había subsidio de rodamiento; pero señaló que todas las prestaciones fueron pagas dentro de la vigencia de la relación, señaló que si tiene conocimiento que Nicanor manejaba la caja menor y hacía compras y pagos; manifestó que el callejón en el que sucedió el homicidio no es de la hacienda sino un callejón de vía, servidumbre y no es de obligatorio tránsito, pues se puede elegir por donde transitar. En realidad se excusó de no conocer suficientes detalles, pues para la época en que ocurrió la muerte del ex trabajador aun no era el administrador.

Analizados con detenimiento esos interrogatorios, no logra advertirse que el infortunio ocurrido al señor Nicanor se hubiere desatado de un evento laboral, al punto que ni siquiera la señora Marta Cuasapud, logra con su declaración, dirigir a esta Colegiatura hacia esa postura, pues en realidad de su dicho lo único que logra advertirse, es que el señor Bolaños salió de su hogar con el fin de hacerle un favor a su compañero de trabajo, y de regreso de ello fue herido de muerte; de esta ponencia solo puede destacarse que según su dicho, el trabajador fallecido cumplía también labores de vigilancia, no obstante la misma admite que para ese día había otra persona, el señor Armando Vargas, cumpliendo esa función.

Como con los anteriores no se logra la claridad requerida para calificar como laboral el evento que ocasionó la muerte del trabajador, es imperativo acudir a la prueba testimonial recaudada.

José Alfredo Hurtado Solarte (Min 46:50 audio 1 cd fol. 1872)

Aseguró haber conocido al señor Nicanor trabajando en la Hacienda Santa Rosa cuando este fue el mayordomo, indicó que este laboró allí por espacio de 4 años, indicó desconocer el salario que devengaba, que el trabajador fallecido vivía en la hacienda con su esposa y los hijos; relató que falleció en un callejón fuera de la hacienda vía hacia la pampa, lo mataron con arma de fuego pero no sabe los motivos de ese deceso; señaló que lleva 20 años trabajando en la hacienda, que el horario de trabajo habitual de trabajo del difunto era de 6:30 am a 4 pm; señaló que para el día del fallecimiento había dejado de trabajar desde las 4; manifestó que la última vez que vio al señor Nicanor fue ese mismo día en la noche en su propia casa, pues ese día se le reventó una vena del pie y le pidió el favor a su esposa de que lo llamara para que él le hiciera el favor de sacarlos al hospital porque él tenía un carro; señaló que se enteró de la muerte de Nicanor a los 10 min de que saliera de su casa como a las 7, señaló que de ninguna manera él podía darle órdenes a Nicanor, y señaló no saber si este último tenía funciones de vigilancia en la hacienda; reiteró que el día de la muerte de Nicanor lo llamó fue como compañero de trabajo y no le dio una orden sino que le pidió un favor de que lo sacara al hospital; aseguró que el horario de trabajo se cumplía y no se desarrollaban labores por fuera de él; señaló que el mayordomo no se encargaba de solucionar los percances sino que se llamaba a otros trabajadores; aseguró que la mayor función de Nicanor era ser el que les transmitía las ordenes; el testigo no sabe de dónde salía ni como se le entregaba el dinero para los pagos y compras de insumos; indicó el testigo que no llamó a la empresa a comunicar el accidente por él sufrido sino que llamó a Nicanor porque era un favor; manifestó que a él se le paga por medio de consignación; indicó que el callejón donde murió el trabajador es público; indicó que el señor Nicanor estuvo en su casa como 10 minutos pero finalmente no lo llevó al hospital y le indicó que si la vena le seguía sangrando lo llamara para llevarlo y que entre los 5 o los 10 minutos fue que lo hirieron y aseguró que el fallecido se desplazaba en moto.

Zayra Patricia Pineda (Min 1:08:19 audio 1 cd fol. 1872)

Es esposa del señor José Alfredo Hurtado y señaló vivir en la hacienda Santa Rosa con él; manifestó que solo distinguió al demandante; admitió que ella fue la persona que llamó a Nicanor el día de su muerte con el fin de pedirle el favor de que llevara a su esposo a urgencias pues era el conocido más cercano y además tenía un carro, indicó que si él les hacía el favor se le iba a preguntar si les iba a cobrar pues no era obligación de él llevarlos al hospital y finalmente no los llevó al hospital; relató que ese día Nicanor fue y revisó a Alfredo y les indicó que si en un rato no se estancaba la sangre él los llevaba eso fue como a las 6: 30 pm, indicó que él estuvo si mucho 10 min en su casa; aseguró que no sabe para donde se fue después de que salió de su casa pero que antecitos de las 7 les llamaron a informar que le habían dado muerte; comentó que ella vio al señor Nicanor después de que lo hirieron por la carretera que va hacia la pampa la cual es una carretera pública; manifestó que no sabe si Nicanor era vigilante en la hacienda, pero admite que había un señor un vigilante todas las noches ahí era una persona diferente a Nicanor; aseguró que su esposo no tenía que desempeñar funciones laborales por fuera del horario normal de trabajo y señaló que Nicanor tampoco tenía que hacerlo; indicó que en la hacienda había un vigilante en la noche y otro en el día es decir 1 por turno;

Pues bien, tomando en cuenta las manifestaciones de los testigos y de la propia señora Martha Lucia, queda perfectamente claro para la Sala que, en realidad, el deceso del señor Nicanor Bolaños no fue producto de un accidente, riesgo o evento de tipo laboral.

A esa conclusión se llega teniendo en cuenta que en realidad la misión que fue a cumplir el señor Bolaños de auxilio a su compañero de trabajo, fue hecha manera altruista y no como parte de las funciones que le correspondían como mayordomo de la hacienda, pues así lo aseguraron los dos declarantes, de quienes no queda ninguna duda frente a sus ponencias pues sus relatos son precisos, consonantes, hilados y habida cuenta que fueron precisamente ellos las personas que pidieron la ayuda al extinto señor Bolaños que le obligó a salir de su vivienda, con un desenlace trágico, pero inconexo con su labor.

Así las cosas, en lo que a este punto se refiere, es del caso confirmar la decisión de primera instancia.

3.3.2. del salario.

El Artículo 127 del CST, define el salario no solo como la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que se adopte; por su parte el Art. 128 señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador. Así mismo define como no salariales los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, entre otros. La retribución al servicio prestado puede pactarse en diferentes modalidades tal como lo advierte el Art. 132 CST.

El salario puede ser fijo, es decir no alterarse su valor mes tras mes o por el contrario puede ser variable cuando el mismo lo determinan factores tales como las comisiones o porcentajes por ventas o recuperación de cartera, horas extras, trabajo ocasional en domingos o festivos; o cuando la remuneración es con incentivos, entre otros.

Pues bien, pese a lo sencillo que suena en teoría, la determinación de los pagos que constituyen salario, en la práctica el tema no resulta fácil, resultando preciso acudir a ciertos criterios para determinar cuándo una suma que paga el empleador lo constituye efectivamente; se debe verificar entonces:

1. Si su carácter es retributivo u oneroso, esto es que sea una contraprestación directa por el servicio, tales como comisiones o pagos porcentuales, horas extras, recargos por trabajo nocturno, dominical o festivo.
2. Que no constituyan mera liberalidad: ejemplo de ello, el pago de una prima ocasional y voluntaria, participación de utilidades, bonificación ocasional, regalos en días especiales o de celebración; por propia voluntad del empleador
3. Que tenga carácter de ingreso personal: Esos pagos deben ingresar al patrimonio del trabajador para su libre disposición; no para que los emplee en la prestación del servicio. Entonces, no serían salario los medios de transporte, ni los gastos de representación, por ejemplo.

Determinado lo anterior, procede la sala a efectuar el respectivo análisis en el caso concreto. La parte demandante asegura que el salario promedio del ex trabajador ascendía a la suma de \$5'576.086, valor al que se llega teniendo en cuenta un básico de \$1'100.000, unas bonificaciones, comisiones y auxilios, los cuales cuantifica tomando como base los extractos bancarios de la cuenta de ahorros de propiedad del señor Bolaños Madroñero; entre tanto la parte demandada señala en su contestación, que dichos cálculos son incorrectos, que el salario devengado por el extrabajador se limita a la suma de \$1'100.000, la cual se evidencia en los volantes o desprendibles de pago y que adicional a ese valor, se cancelaban 2 auxilios uno de rodamiento por valor de \$250.000 y otro para el pago de la cuota de manejo de la tarjeta de ahorros por \$8.000, mismos que fueron pactados como no constitutivos de salario y que los demás valores que eran depositados en la cuenta del extinto trabajador correspondía a los recursos con los cuales ejercía algunas de sus funciones como la compra de insumos, pagos a proveedores y contratistas, útiles para el funcionamiento de la hacienda entre otros.

Para probar sus dichos la parte demandante allegó los referidos extractos bancarios de la cuenta de ahorros No. 66 -651118-47 (fol. 3 a 29), de estos se extrae que efectivamente los montos que ingresan por concepto de "pago de nómina" exceden el monto de \$1'100.000, de hecho, efectuada una revisión aleatoria, puede notarse como en un solo mes esto es julio de 2013, (fol.22) ingresó a la cuenta del trabajador dentro del término de escasos 10 días la suma de \$12'640.000 efectuándose depósitos por concepto de "PAGO DE NOMINA GRUPO INTE" los días 5 un total de \$11.280.000, el 12 \$799.000 y 15 \$562.603; y así sucesivamente a lo largo de los extractos se aprecian pagos similares con diferente periodicidad y montos.

Por su parte la demandada aportó al expediente amplia prueba documental (Fol. 129 a 1815), en la que se aprecian toda suerte de instrumentos, entre nóminas, pagos a seguridad social, recibos de caja, facturas, cuentas de cobro, constancias de consignación, de compra de insumos agrícolas, compra de alimentos para mascotas, insumos para piscina, abonos entre otros.

De los desprendibles de pago y nóminas allegadas, se extrae que el pago salarial efectuado al trabajador tenía periodicidad quincenal; que para la última anualidad el salario mensual ascendía a la suma de \$1'100.000 como se aprecia, entre otros, del folio 144 al 184, donde reposan las nóminas, constancias de consignación y notas de contabilidad del año 2014, pero adicionalmente, de esos desprendibles de nómina se aprecia también pagos habituales adicionales por valor de \$132.250 quincenales y \$8.000 mensuales, que corresponden, como señaló la pasiva a los valores por auxilios de rodamiento vehicular y tarjeta debito o ahorros.

Con el fin de amparar su tesis, la pasiva allegó copia del otro sí, al contrato de trabajo (fol. 120) coincidente con el que aportó la activa (fol. 42) dentro del cual se advierte que se efectuó un convenio entre los extremos de la relación – ex trabajador y demandada- en el que se acordó en su clausula segunda el pago de dos **asignaciones no constitutivas de salario**, como lo son un auxilio de rodamiento del vehículo y otro reconocimiento que corresponde al pago de la cuota de manejo recaudada por las entidades financieras por el uso de la cuenta de nómina.

Vale aclarar en este punto, que dicha prueba goza de plena eficacia, habida cuenta que si bien en la etapa de fijación del litigio la parte demandante, alegó desconocer la firma que allí fue plasmada por el señor Nicanor, en realidad no se propuso tacha efectiva al referido documento en la oportunidad procesal oportuna como lo era el decreto de la prueba, y por tanto para esta Colegiatura dicho documento está revestido de legalidad.

Pues bien, para aterrizar el asunto y respecto al pretendido salario por valor de \$5'576.086, debe señalarse, que en realidad quedó plenamente demostrado con la vasta prueba, que en realidad el grueso de los dineros que se consignaban en la cuenta del ex trabajador correspondía a aquellos recursos que empleaba el trabajador para el cabal cumplimiento de las funciones que le eran encomendadas tales como pagos a acreedores, compras de insumos entre otros; ello se demostró con los cruces de cuenta con las facturas de venta y las consignaciones que aparecen a lo largo de los 1600 folios allegados un ejemplo de ello es lo visible a folios 1596 y 1597 donde aparecen la consignación con referencia DE046 consistente con al documento equivalente a factura No. 001-DE-000046 por valor de \$921.200, correspondiente al mantenimiento de la swingla- esto solo a guisa de ejemplo de las múltiples transacciones que se reportaron; dado lo anterior, no hay lugar a declarar que esos dineros hacían parte del salario del ex trabajador, pues ya se dijo dicho dinero nunca entró a su patrimonio.

Igual suerte corre, lo relativo a los auxilios que eran pagados habitualmente al trabajador, pues confrontando esos pagos con los presupuestos líneas atrás referido es posible

concluir, que ese monto adicional que recibía el demandante no retribuía directamente un servicio prestado, pues uno se pagaba para su desplazamiento y el segundo para las obligaciones financieras que se desprendían del manejo de la tarjeta es decir ese pago no ingresaba directamente al patrimonio del demandante, pero adicionalmente y más importante hubo un acuerdo escrito entre el trabajador y la empresa, de dejar sin carácter salarial esos rubros

Así entonces, revisada la actuación y las pruebas aportadas, no queda otro camino a esta colegiatura que confirmar lo decidido por el juez de primera instancia.

4. COSTAS

De conformidad con el Art. 365 del C.G.P., numeral 1º, las costas en esta instancia correrán a cargo de la parte recurrente y a favor de la parte demandada, las agencias en derecho se fijan en la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, identificada con el **No. 42 del dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018)**, proferida por el **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, Valle del Cauca** dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DIEGO FERNANDO BOLAÑOS CUASAPUD Y OTROS**, contra la **HACIENDA SANTA ROSA**, conforme a las razones que anteceden.

SEGUNDO: COSTAS en la instancia, corren a cargo de la parte recurrente y a favor de la parte demandada, las agencias en derecho se fijan en la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: DEVUÉLVASE el proceso a su lugar de origen una vez en firme el presente proveído.

Notifíquese y cúmplase

Las Magistradas,



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE
Ponente

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
(Ausencia justificada)



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR

Firmado Por:

**CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 001 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:

d3639718390931f7991c2af0a337faff7e7c87afd8f495c45b3fc49f98ac11bf

Documento generado en 07/10/2020 04:22:36 p.m.