



**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DOBLE INSTANCIA
INSTAURADO POR DIANA LUCÍA NIETO JARAMILLO Y OTROS
CONTRA PORVENIR S.A. Y OTRO
RADICACION 76-111-31-05-001-2016-00310-01**

En Guadalajara de Buga, Valle, a los trece (13) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), la Sala Cuarta de Decisión Laboral integrada por los doctores MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR, en calidad de ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR y CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE, procede a pronunciarse sobre la solicitud de casación elevada por el mandatario judicial de la parte demandada, frente a la sentencia de segunda instancia.

AUTO INTERLOCUTORIO N° 086

El día 15 de septiembre de 2020, se allegó a través del correo electrónico de la Secretaría de la Sala Laboral (sslabbuga@cendoj.ramajudicial.gov.co), un memorial a través del cual el apoderado judicial de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A, formuló recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia de segunda instancia.

Antes de resolver la procedencia o no del recurso, se dejarán sentadas las siguientes

CONSIDERACIONES

Según las voces del artículo 88 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el Decreto Ley 528 de 1964, el plazo para interponer el recurso de casación es de quince días siguientes a la notificación de la sentencia de segunda instancia.

En el presente caso se observa que el mismo fue interpuesto y arrimado en oportunidad por el apoderado judicial de la demandada que resultó condenada, es decir, dentro de la ejecutoria del fallo de segundo grado, pues la sentencia emitida por la Sala, quedaba ejecutoriada el 30 de septiembre de 2020 y el escrito con el

recurso en mientes, fue aportado al proceso el 15 de septiembre de 2020, por tanto, se abordará su estudio.

Ahora bien, en la sentencia C-372 del 12 de mayo de 2011, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 48 de la Ley 1395 de 2010, determinando que en lo sucesivo la cuantía para recurrir en casación, en los procesos ordinarios laborales, será de 120 veces el salario mínimo legal mensual vigente.

En cuanto al interés jurídico para recurrir en casación, ha puntualizado la Honorable Corte Suprema de Justicia, que el mismo se determina por el agravio que el fallo de segundo grado haya producido a la parte que recurre, en cuanto aquél le haya sido parcial o totalmente adverso. Dicha Corporación también ha sostenido que el monto actual de la resolución desfavorable al recurrente se consolida en la fecha de la sentencia correspondiente, que es en la parte resolutive de ésta donde debe explorarse en perspectiva de encontrar dicha cuantía y que para determinar la viabilidad en la concesión del recurso extraordinario, en los eventos en que sea la parte demandada quien recurre en casación, debe examinarse el valor de las condenas impuestas en segunda instancia.

En el caso sub iudice, el Juzgado Laboral del Circuito de Buga (V), mediante sentencia de oralidad 032 del 29 de abril de 2019 (fls. 270 a 272), declaró parcialmente probada la prescripción propuesta por las demandadas, de las mesadas causadas desde el 31 de mayo de 2009 hasta el 17 de enero de 2013; declaró que la señora DIANA LUCÍA NIETO JARAMILLO, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en un 50%, a partir del 31 de mayo de 2009, causada por el fallecimiento del señor DALADIER GIRALDO OSPINA (Q.E.P.D); declaró conforme a la facultad extra y ultra petita, que a la señorita MANUELA GIRALDO NIETO le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de su señor padre, en proporción al 25% de la misma, pago que debe hacerse efectivo a partir del 31 de mayo de 2009 hasta el 20 de agosto de 2015, cuando cumplió los 18 años de edad y posteriormente a la fecha, deberá quedar en suspenso dicho pago, hasta que cumpla los 25 años de edad y acredite su condición de estudiante, a lo que añadió que se debe tener en cuenta que el 25% que corresponde a su hermano JUAN GIRALDO NIETO, deberá acrecentar a éste, a partir de la fecha en que aquel dejó de percibir su porcentaje conforme a la ley; condenó a PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago; a la señora NIETO JARAMILLO y a los hijos; los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y condenó a la llamada en

garantía, BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., a que en cumplimiento de esta sentencia realice a su vez los pagos a PORVENIR S.A, en los términos de la póliza de seguro.

Al no estar de acuerdo con la decisión, los apoderados de BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. y PORVENIR S.A., interpusieron recurso de apelación, para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga (V).

Remitido el expediente a esta Sala, se profirió la sentencia de oralidad No. 0136 del 9 de septiembre de 2020, que confirmó en todas sus partes el fallo de primera instancia. Inconforme con el fallo, la llamada en garantía BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A presentó el recurso de casación que hoy nos ocupa.

Es importante precisar, que para determinar el interés jurídico, tratándose de una pensión de sobreviviente, basta con establecer el valor de las mesadas pensionales que potencialmente puedan devengar a futuro los reclamantes; para el caso de los hijos, su expectativa va hasta que cumplan los 25 años, y a partir de allí, se incrementará al 100%, para la esposa, por lo que la Sala se ocupara del análisis de manera individual.

SEÑORA DIANA LUCÍA NIETO JARAMILLO (esposa)

Pensión que procedemos a calcular teniendo en cuenta los siguientes datos: a) la fecha del fallo de segunda instancia fue el 9 de septiembre de 2020; b) la data a partir de la cual se pretende la pensión de sobrevivientes es 31 de mayo de 2009, c) la peticionaria al momento del deceso del causante DALADIER GIRALDO OSPINA (q.e.p.d.), contaba con 39 años de edad como se deduce del contenido del documento de folio 28 que refiere a copia de la cedula de ciudadanía, (nació el 21 de abril de 1970); d) a la fecha del fallo de segunda instancia cuenta con 50 años; e) como valor de la presunta pensión se tomará la mínima que coincide con el salario legal de la época) y, f) se tendrá en cuenta que las mesadas anuales de ley y las adicionales corresponden a 14.

Hechos los cálculos matemáticos pertinentes tenemos que el monto de las mesadas a devengar a futuro, posiblemente, por la señora DIANA LUCÍA NIETO JARAMILLO asciende a la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL SETECIENTOS TRECE PESOS

(\$436.840.713,00) m/cte, valor que supera el límite de \$117.678.840.00, que se requiere para conceder el recurso, de allí que se accederá al interpuesto.

MANUELA GIRALDO NIETO y JUAN DAVID GIRALDO NIETO (hijos)

Al respecto se tiene que los montos a devengar, hasta que cada uno cumpla los 25 años de edad y realizados los cálculos matemáticos pertinentes, el monto de las mesadas a devengar a futuro, posiblemente, por la joven MANUELA GIRALDO NIETO, asciende a la suma de CINCUENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS VEINTIUN MIL PESOS (\$55.431.621,00) m/cte. Para el joven JUAN DAVID GIRALDO NIETO, el monto de las mesadas a devengar, asciende a la suma de DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CINCO PESOS (\$18.978.005,00) m/cte; valores que no superan el límite de \$117.678.840.00, que se requiere para conceder el recurso, de allí que con respecto a estos jóvenes, no se accederá al recurso interpuesto.

Por lo analizado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga – Valle

R E S U E L V E

PRIMERO: CONCEDER el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado judicial de **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.**, con respecto a la señora **DIANA LUCÍA NIETO JARAMILLO**, contra la sentencia de oralidad 0136 del 9 de septiembre de 2020, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga - Valle.

SEGUNDO: NO CONCEDER el recurso extraordinario de casación presentado por el mandatario de la llamada en garantía, con respecto a los jóvenes **MANUELA GIRALDO NIETO y JUAN DAVID GIRALDO NIETO**.

TERCERO: Una vez en firme esta providencia, remítase a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo de su competencia.

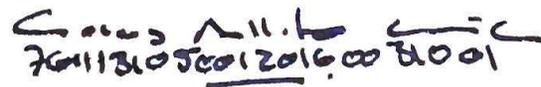
CUARTO: NOTIFÍQUESE por estado a las partes.

Los Magistrados,



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR

Ponente



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE



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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-834-31-05-001-2010-00224-01

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: MARÍA DE LOS ANGELES GALVIS CARVAJAL
Demandado: PORVENIR S.A. Y OTRO
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, proceden a desatar el recurso de apelación interpuesto en contra de la Sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V).

ANTECEDENTES

La señora MARÍA DE LOS ANGELES GALVIS CARVAJAL, actuando a través de apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y el señor JUAN MANUEL CAICEDO, propietario de la Hacienda La Montana, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V).

La demanda anterior tuvo como pretensiones singulares al caso, que se declare que la señora MARÍA DE LOS ANGELES GALVIS CARVAJAL, tiene derecho a la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente sobreviviente del causante señor EIDER LOZANO GARCÍA; que PORVENIR debe realizar el cobro coactivo de los aportes obligatorios a pensión dejados de pagar por el señor Juan Manuel Caicedo empleador del señor Eider Lozano, desde el 1 de mayo de 2008, hasta la fecha de su fallecimiento; retroactivo pensional, incrementos legales, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y que de exonerarse a PORVENIR se condene

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

² No. 175 Control Estadística.

al pago de la pensión sanción de sobreviviente al señor Juan Manuel Caicedo propietario de la Hacienda La Montana (fl. 14).

Como recuento fáctico, expresó que el señor EIDER LOZANO GARCÍA, falleció el 10 de octubre de 2009; que la demandante convivió en unión libre durante más de tres años y nueve meses con el causante, sociedad conyugal que estuvo vigente hasta la muerte del señor Lozano, que no procrearon hijos, que era el señor Lozano quien velaba por las necesidades económicas de ella y los hijos de la demandante; que Eider Lozano García, al momento de su muerte tenía 28 años de edad, y laboraba para el señor Juan Manuel Caicedo, propietario de la Hacienda La Montana, ubicada en Rio frio, desempeñando labores de vaquería desde el 1 de mayo de 2008; que el 11 de marzo de 2010, reclamó ante el fondo de pensiones, la prestación pensional, negándose el derecho, al no haber cotizado el tiempo mínimo conforme a la Ley; que también los padres del causante, Trinidad García de Lozano y Julio Lozano Núñez reclamaron la pensión, simulando depender económicamente del señor Lozano; que el señor Juan Manuel Caicedo solo realizó cotizaciones en pensión desde el mes de abril de 2009 al fondo pensional BBVA HORIZONTE (fl. 14).

Mediante el auto de 15 de septiembre de 2010, el Juzgado admitió la demanda y ordenó notificar a la entidad demandada y al señor Juan Manuel Caicedo; vinculó como intervinientes excluyentes a los señores Trinidad García de Lozano y Julio Lozano Núñez (fl. 24).

La entidad BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍA hoy PORVENIR S.A., dio respuesta a la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, basado en que el causante no contaba al momento de su muerte con el número de semanas cotizadas, exigidas por la Ley para adquirir el derecho; aunado a que la actora tampoco cumple los requisitos para considerarse beneficiaria del derecho reclamado; propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, conflicto entre presuntos beneficiarios, petición antes de tiempo, compensación y buena fe (fls. 35-49)

El señor Juan Manuel Caicedo, fue representado en el presente asunto mediante curador ad litem (fl. 135-136), quien procedió a contestar la demanda, manifestando que no se opone a las pretensiones y se acoge a la que resulte probado en el proceso (137-139). Igualmente, fueron representado por curador ad litem, los señores Trinidad García de Lozano y Julio Lozano Núñez (fl. 133), quien no contestó la demanda.

Mediante auto de 21 de abril de 2014, se tuvo por contestada en debida forma las presentadas por los demandados (fl. 140)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá, (V.) el 23 de octubre de 2019, dictó la sentencia en la que resolvió:

(...) PRIMERO: DENEGAR todas las pretensiones de la demanda de referencia, de conformidad con las consideraciones que anteceden (...).

RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

El apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación que sustentó manifestando que su representada tenía derecho a la pensión de sobreviviente temporal, ante la cual la Ley no exige una convivencia mínima de 5 años, como sí lo exige la pensión vitalicia; que la demandante al fallecimiento de su compañero, tenía menos de 30 años de edad, por tal razón la demandante si es beneficiaria de la pensión de sobreviviente temporal; que se deben presumir como ciertos los hechos de la demanda, respecto del empleador Juan Manuel Caicedo, al haberse notificado del proceso, y no haber contestado la demanda, de donde se debe tener en cuenta que hubo una relación laboral por más de 18 meses anteriores a su fallecimiento, lo que se requiere para acreditar los aportes en pensión y adquirir el derecho pensional, sea por parte de Porvenir o del señor Juan Manuel Caicedo propietario de la Hacienda La Montana (min. 33:55 audio fl. 307)

CURADOR AD LITEM – representante de los señores Julio Lozano Núñez y Trinidad García Lozano. El apoderado de los intervinientes ad excludendum, apeló la sentencia refiriendo que la intervención de sus representados debe ser como litisconsortes necesarios y como beneficiarios de la pensión de sobreviviente, por cuanto no se debe interpretar que la presencia del compañero permanente inhiba el derecho pensional para los padres, y al no tener otros beneficiarios resultan ser los padres los beneficiarios del derecho pensional (min. 40:30 audio fl. 307).

TRÁMITE EN ESTA INSTANCIA.

Allegadas las actuaciones a esta Sala, se procedió a su admisión mediante auto del 29/11/19 de conformidad con el artículo 82 del CPTSS, modificado por el artículo 40 de la Ley 712 de 2001, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones; vencido el término aunque por secretaria se informó que al 10 de diciembre de 2019 ninguna de las partes la presento, por correo electrónico de tal fecha la demandada se manifestó solicitando se confirmara la sentencia recurrida, con fundamento en las mismas razones que expresó el a quo, en que se aun se validara las semanas mínimas, no se presentó la convivencia mínima, pues desde la misma demanda se expresó que esta lo fue por lo menos en tres años y nueve meses (fl. 316-322 pdf. Pág. 138-143).

Recurso de apelación que pasa a resolver la Sala con fundamento en el principio de la LIBRE FORMACIÓN DEL CONVENCIMIENTO y de la sana crítica de la prueba, contenidos en el art. 61 del C.P.T y de la S.S, con base en el siguiente:

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolverse se relaciona con la procedencia de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora MARÍA DE LOS ANGELES GALVIS CARVAJAL, en calidad de compañera permanente del afiliado bajo los presupuestos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993; previa verificación de la causación del derecho por parte del señor EIDER LOZANO GARCÍA.

Sea necesario indicar, que, pese a que las apelaciones presentadas se circunscriben a verificar la condición de beneficiarios de la pensión de sobreviviente del señor EIDER LOZANO GARCÍA, es imprescindible que previamente se compruebe si el extinto dejó causado el derecho pensional a sus beneficiarios; pues de ello, depende la viabilidad del derecho frente a quien o quienes comparecen a reclamar tal prestación, discutiendo el cumplimiento de los presupuestos legales para ser acreedores de la misma.

Así las cosas, se impone necesariamente verificar, si quien fallece es afiliado o pensionado, puesto que el derecho se causa de manera distinta en ambos eventos, haciéndose indispensable entrar a estudiar si se cumple con las condiciones de la norma vigente al momento del deceso, que en el caso puntual es la Ley 797 de 2003, al haber tenido lugar el hecho de la muerte del señor EIDER LOZANO GARCÍA el día 10 de octubre de 2009, tal y como se desprende del Registro Civil de Defunción visible a folio 4 del plenario.

Dicha norma, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, contempla dos hipótesis para este efecto: (i) que el fallecido hubiere cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al deceso (numeral 2º) y (ii) cuando hubiere cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media en tiempo anterior a su fallecimiento, y no hubiere tramitado o recibido indemnización sustitutiva (Par. 1).

Al respecto, la Sala advierte que efectivamente el señor EIDER LOZANO GARCÍA, se encontraba *afiliado* al fondo de pensiones demandado, desde el 2 de julio de 2007, como se puede observar de la relación de aportes expedida por PORVENIR y que obra a folio 169 y 170 del expediente; que la última cotización realizada por el señor EIDER LOZANO GARCÍA, correspondió a noviembre de 2009; alcanzando a cotizar dentro de los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento, esto es entre el 10 de octubre de 2006 y el mismo día y mes del año 2009, un total de 47,19 semanas, las que no resultan ser suficientes para adquirir el derecho.

Aquí es necesario indicar, que, al haber revisado la historia laboral del señor EIDER LOZANO GARCÍA (fl. 169-170), se puede observar que en la misma se registran cotizaciones en toda su vida laboral con un total de 55.77 semanas, no obstante, no puede pasar por alto la Sala, como fue expresado en la contestación de la demanda por parte de PORVENIR, y que fue el motivo de la negativa de la pretensión pensional, y es que en la historia laboral se registraron pagos por cuenta del afiliado, quien cotizaba como independiente posteriores a la fecha de su fallecimiento (10 de octubre de 2009), como son los periodos: 2009-05, 2009-10 y 2009-11, los cuales fueron cancelados el 25 de noviembre de 2009 y 22 de diciembre de 2009, los cuales no tienen efectos de manera retroactiva, no contabilizando estos periodos, frente a la pretensión requerida.

En ese sentido, dispone el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, que, el pago de cotizaciones en los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones, para los trabajadores independientes será de manera mensual y anticipada, indicando, además, que las novedades que se presenten y no se puedan registrar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente. La misma normatividad, en su artículo 53 regula la imputación de pagos en los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones, dejando en claro que ello no es aplicable a los trabajadores independientes. Lo que conlleva a concluir que en el caso de los cotizantes

independientes, no es posible hablar de mora en aportes, pues aun cuando tengan la intención de ponerse al día en sus pagos, éstos sólo serán contabilizados a partir de la fecha de pago y cubrirán aportes futuros, sin posibilidad alguna de que sean imputados de manera retroactiva, o que se puedan ejercer acciones de cobro en su contra, pues las mismas no fueron previstas en los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, no resulta procedente imprimir vocación de prosperidad a los pedimentos de la demanda, respecto de los supuestos aportes a pensión desde mayo de 2008, por cuenta del señor JUAN MANUEL CAICEDO, toda vez, que no hay como validar que dicho empleador hubiera dejado de cancelar los aportes en seguridad social, al no existir evidencia alguna que acreditara el vínculo laboral del causante con dicho empleador, requisito indispensable frente a la obligación de cotizar que nace con la existencia del contrato de trabajo. Y es que no se aportaron elementos de juicio que permitieran siquiera indicar que entre el causante y el supuesto empleador existió relación alguna; carga de la prueba que recaía exclusivamente sobre la parte demandante, a quien no le bastaba con solo afirmar haber laborado para el mencionado, si no empleaba medios de prueba y convicción frente a lo manifestado.

Es por lo anterior, que no hay como acreditar que el afiliado contara con las semanas suficientes para haber dejado causado el derecho a una pensión de sobreviviente. Igual resultado frente a la segunda de las hipótesis, que exige haber cotizado el mínimo de número de semana para pensionarse por vejez.

Con base en lo anterior, concluye la Sala, que el señor EIDER LOZANO GARCÍA no dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios adquirieran la pensión de sobrevivientes dentro del régimen de ahorro individual a cargo de PORVENIR S.A, por lo que por sustracción de materia se torna innecesario efectuar el análisis correspondiente frente a la acreditación de requisitos por parte de los supuestos beneficiarios del derecho pensional de sobrevivientes.

En consecuencia, los recursos de apelación presentados por la demandante María de los Ángeles Galvis Carvajal, quien actuó en calidad de compañera permanente y el curador ad litem de los señores Julio Lozano Núñez y Trinidad García Lozano, que fungen como padres del causante, no tienen vocación de prosperidad, pues como ya se expresó lo principal en el asunto consistía en verificar la causación del derecho pensional, que no se comprobó, en tanto no hay lugar examinar las posiciones planteadas en las apelaciones, que discutían la calidad de beneficiarios del causante, frente a la pensión de sobrevivientes.

Por todo lo anterior, la sentencia apelada en primera instancia llama su confirmación.

COSTAS

Costas en segunda instancia a cargo de la parte demandante, señora MARÍA DE LOS ANGELES GALVIS CARVAJAL y a favor de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS –PORVENIR S.A.-; sin agencias en derecho dentro de la segunda instancia, en atención a que en subsidio de la apelación se habría conocido bajo art. 69 del CPTSS, respecto de la demandante.

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

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V), siendo demandante la señora MARÍA DE LOS ANGELES GALVIS CARVAJAL identificada con cédula de ciudadanía No. 38.795.090 y demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS -PORVENIR S.A. y el señor JUAN MANUEL CAICEDO, obraron como intervinientes excluyentes los señores Trinidad García de Lozano y Julio Lozano Núñez; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO. Costas en segunda instancia a cargo de la parte demandante, señora MARÍA DE LOS ANGELES GALVIS CARVAJAL y a favor de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS -PORVENIR S.A.-; sin agencias en derecho dentro de la segunda instancia, en atención a que en subsidio de la apelación se habría conocido bajo artículo 69 del CPTSS, respecto de la demandante.

Notifíquese en Estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
(impedimento)

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: MARÍA DE LOS ANGELES GALVIS CARVAJAL
Demandado: PORVENIR S.A. y otro
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**9f9c080b072d1345035189a968d61e0caa1ffde3dd94d8e881d106126e041
271**

Documento generado en 13/11/2020 11:48:43 a.m.

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



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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-520-31-05-002-2015-00024-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: WILLIAM ESNEIDER CHACÓN
Demandado: COODETRANS PALMIRA LTDA
Asunto: APELACIÓN sentencia.

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, proceden a desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 10 de abril de 2019 - (10/04/19)-, por el -Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira-.

ANTECEDENTES

El señor WILLIAM ESNEIDER CHACÓN por conducto de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primero instancia en contra de la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE PALMIRA -COODETRANS PALMIRA LTDA- con NIT 891300059-4, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 2º Laboral del Circuito de Palmira.

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

² No. 178 Control Estadística.



Pretensiones encaminadas al reconocimiento de horas extras, recargo por trabajo dominical y festivo habitual y en consecuencia se condene al pago de las sumas de dinero adeudadas por dichos conceptos, así como a la reliquidación de prestaciones sociales, acreencias laborales causadas en vigencia de la relación de trabajo y aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; subsidio de transporte e itinerarios insolutos. (fl.9-15)

Pretensiones que se fundamentan, en síntesis, en exponer que entre el actor y la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE PALMIRA "COODETRANS PALMIRA" se suscribió el 05/01/012 un contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual fue prorrogado en dos oportunidades hasta el 27/04/014 para cuando fue terminado el vínculo de manera unilateral por parte de la empleadora.

El cargo desempeñado fue el de motorista en un horario de 5:00 am a 7:00 pm de lunes a domingo sin descanso compensatorio; con un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente.

Agregó que no se le canceló el subsidio de transporte, el trabajo suplementario y que promovió reclamación administrativa ante del Ministerio de Trabajo, sin que la convocada hubiera comparecido a la diligencia de averiguación preliminar.

Adujo que firmó documentos en blanco, sin fecha, que correspondían a recibos de pago diario con la finalidad de acreditar pagos que no se han realizado a su favor. (fl.2-9)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2º Laboral del Circuito de Palmira en sentencia del 10/04/19, accedió parcialmente a las pretensiones impetradas por el actor (min.20:06 fl.156), en el siguiente orden:

"PRIMERO. – DECLARAR que entre el actor WILLIAM ESNEIDER CHACÓN ALDANA, en calidad de trabajador y la entidad COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE PALMIRA –COODETRANS PALMIRA LTDA., en calidad de empleadora existió una relación laboral, la que inició el día 25 de enero de 2012 y terminó el día 24 de abril de 2014. Por vencimiento del término del contrato.



SEGUNDO. -ABSOLVER a la demandada COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE PALMIRA -COODETRNAS PALMIRA LTDA-, Representada legalmente por la señora CLAUDIA PATRICIA CHACON GONZALEZ o quien haga sus veces, de todas las pretensiones formuladas por el actor WILLIAM ESNEIDER CHACON ALDANA, en su contra.

TERCERO. ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

CUARTO. Si esta sentencia, no fuere apelada, envíese en consulta ante el HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA, por haber resultado desfavorable a las pretensiones de la parte demandante.” (fl. 153)

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de la parte demandante (min. 21:34 fl. 156), argumenta que no le fueron canceladas las horas extras al demandante pese a que la carga de la prueba recaía sobre la parte demandada. Resalta que se le deben reliquidar todos los conceptos como son cesantías, intereses, vacaciones, primas; agregando que también se debe demostrar el pago del subsidio de transporte.

APELACIÓN PARTE DEMANDADA

El procurador judicial de la Cooperativa de Transportadores de Palmira - COODETRANS PALMIRA LTDA- (min. 23:33 fl. 156) refiere en cuanto a la absolución de las costas, que no debió exonerarse al actor, toda vez que si se causaron al poner en movimiento el aparato judicial demandando a su representada con un resultado absolutorio; obligando la situación a que la accionada contratara los servicios profesionales de un abogado y que incurriera en gastos profesionales.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegado el proceso a esta instancia, fue admitido; y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, se procedió a correr traslado a las partes para presentar sus alegatos. Vencido el mismo, se allegaron escritos en forma electrónica, al respecto la parte actora manifestó que si bien el empleador se le concede el elemento subordinación, esta requirió del trabajador que laborara durante más de 12 horas diarias, con el peligro por el tipo de actividad (conductor), sin que la



remuneración correspondiera con tal jornada de trabajo, aunado a que el contrato se prorrogó en dos ocasiones: "octubre 25 de 2012 hasta Julio 24 de 2013. SEGUNDA PRORROGA: Julio 25 de 2013 hasta abril 24 de 2014", última calenda en que la demandada lo da por terminado, prorrogas que demuestran que el trabajador cumplió con su deber, hasta que este reclamó sobre sus derechos, en especial la remuneración de su jornada, pago precedente y que genera la reliquidación entre otros derechos de sus vacaciones y prestaciones sociales.

La demandada por su parte solicitó la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto esta se ajustó a la debida valoración probatoria, la que efectuó el pago de todo emolumento laboral al actor, incluyendo la consignación de cesantías, y quien si bien laboró algunos domingos, fueron ocasionales pues era un conductor supernumerario, al tiempo que no solicita no otorgar valor probatorio a documentos que no contienen firma y no se tiene certeza acerca de su origen, como los que obran a folio 31 y 34, concluyendo que el gestor de la acción faltó a su deber probatorio.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico conlleva a determinar si resulta procedente el reconocimiento de horas extras y recargo por trabajo dominical y festivo, así como del subsidio de transporte en favor de la parte actora. En caso afirmativo, efectuar la reliquidación de prestaciones sociales y acreencias laborales a que haya lugar.

De otro lado examinar la procedencia de la condena en costas solicitada por la demandada frente al demandante.

En forma liminar se destaca que no fuera materia de impugnación la existencia y vigencia de la relación de trabajo entre los litigantes, así como que el cargo desempeñado por el promotor de la acción, fue el de conductor en favor de COODETRANS LTDA. Dentro del asunto de la referencia, aduce el procurador judicial del señor William ESNEIDER CHACON ALDANA en el recurso de alzada que la carga de la prueba sobre el trabajo suplementario en horas extras dominicales y festivos la tenía la encartada al tener la obligación de demostrar en el proceso que canceló las sumas de dinero adeudadas por estos conceptos, no obstante, lo anterior, quien afirma que las reglas contractuales se han modificado en la práctica y desarrollo de la relación de trabajo, debe probarlo con claridad, pues solo acreditado el trabajo suplementario corresponde al empleador aportar la prueba de su pago y la inclusión del mismo dentro de los factores salariales con base en los cuales liquidó las prestaciones.



En lo relacionado, lo expuesto por el máximo órgano de cierre para esta jurisdicción en sentencia bajo rad: 30721 del 22 de noviembre de 2007 M.P Dra. Isaura Vargas Díaz.

"(...) Es importante recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas, como sucedió en el sub examine (...)"

Dicha posición fue reiterada recientemente en sentencia reiterada por la sentencia SL939 de 2018. El exponer el alto Tribunal:

"(...) El material probatorio recaudado no permite establecer, como lo aspira la parte accionante, los días que efectiva y realmente trabajaron al servicio de la empresa demandada, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario, lo que se acompasa con la doctrina jurisprudencial de esta Corte, según la cual estos derechos deben aparecer acreditados, y por ello se absolverá. (...)"

Obran dentro del plenario como pruebas documentales: (i) contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año entre las partes del 25/01/012 (fl.18-20); (ii) comprobante de egreso (fl. 21); formulario de inscripción a la Caja de Compensación Familiar de trabajadores y beneficiarios (fl.22-23); (iii) certificado de afiliación a Protección Fondo de pensiones (fl.24); (iv) preaviso de terminación del contrato por vencimiento del término (fl.25); (v) liquidación de prestaciones sociales definitivas (fl.26-28;32-33); (vi) paz y salvo por concepto de prestaciones sociales definitivas (fl.29-31); (vii) diligencias administrativas antes el Ministerio de Trabajo (fl. 42-44); (viii) planillas de control (fl.45-53); (ix) liquidación y pago de acreencias laborales (fl.89-98); comprobantes de pago (fl. 106-120).

Ahora, el marco normativo que reguló las relaciones entre los particulares, que correspondió a los Decretos 2663, 3743 de 1950 y 905 de 1951, dispuso inicialmente como excepción a la jornada máxima legal, en su artículo 162 literal d) la de "Los chóferes mecánicos que presten sus servicios en empresas de transportes de



cualquier clase, sea cual fuere la forma de su remuneración”, es decir que mantuvo la regla según la cual a estos no los cobijaba un máximo.

Sin embargo, el Decreto 1393 de 1970, en su artículo 56, derogó tal exclusión y dispuso que, por razones de seguridad pública, ante el riesgo que implicaba una regla de ese tipo para actividades de conducción, la jornada para los choferes mecánicos sería de 10 horas diarias.

El artículo 2 del Decreto 869 de 1978 puntualizó que: *“la jornada de trabajo comprende el tiempo durante el cual el conductor esté al servicio de la empresa, bien sea sobre el timón y la ruta o simplemente a disposición de la una o del otro”,* de manera que, al margen de las intermitencias en la prestación del servicio, estas deben contabilizarse dentro de las 10 horas.

Precisó el máximo órgano de cierre para esta jurisdicción en sentencia SL8675 de 2017, que ninguna de esas últimas disposiciones sufrieron modificación con la Ley 6 de 1981, tampoco con el artículo 22 de la Ley 50 de 1990, ni con la Ley 789 de 2002 que determinaron el límite al trabajo supletorio y la consideración de la jornada diurna y la nocturna, de forma tal que para los conductores se mantiene la excepción, así como la habilitación de trabajar 10 horas diarias, con respeto al descanso semanal y al del fraccionamiento de la jornada para el descanso, así como el que dispone las actividades recreativas o de formación, incorporado en la Ley 50 de 1990, y que en ese lapso se comprende el estar en timón o ruta o disponible para la empresa, regulándose así la manera intermitente propia de esa labor.

En lo pertinente, que en el contrato de trabajo suscrito entre los litigantes arrimado al plenario en su cláusula cuarta se hubiera pactado: *“El Trabajador prestará los servicios a que se refiere el presente contrato en las distintas rutas que deban servir los vehículos, de acuerdo con los turnos y horarios establecidos por el empleador. Cuando el vehículo no esté en condiciones de servir la ruta o efectuar el viaje, el Trabajador dará aviso inmediato a la empresa y al propietario del mismo, para que éste ordene su reparación y acondicionamiento. En este evento podrá también la empresa encargar transitoriamente al trabajador la conducción de otro vehículo para que se efectúe la prestación del servicio, o encargarlo de la vigilancia del automotor mientras realiza su reparación, caso en el cual el trabajador deberá permanecer en el lugar donde se llevará a cabo la reparación respectiva.”* (fl.18 Vto)

Al respecto que se hubiera limitado el demandante a afirmar que laboró al servicio de la demandada de lunes a domingo sin descanso compensatorio y que su jornada era de 5:00 am a 7:00 pm. Conforme a lo hasta aquí indicado, que la sola



enunciación de la labor en trabajo suplementario, dominicales y festivos pero inespecífica a determinada jornada, duración y extensión, no permite conocer en concreto la existencia de algún monto que laborado fuera omitido en el pago del emolumento que corresponde, y por consiguiente verificar en que estaban sustentadas las diferencias deprecadas y consecuentemente la pretendida reliquidación de prestaciones sociales y acreencias laborales causadas en vigencia de la relación de trabajo en favor del actor, así como las sanciones o indemnizaciones derivadas de las mismas. Máxime cuando de las documentales arrimadas se desprende que, si se efectuó el pago de trabajo suplementario en algunos periodos, entonces correspondía demostrar al interesado en que mensualidades y que anualidades existían saldos insolutos y si lo que las probanzas dejaban ver era una inconformidad sobre las sumas de dinero que le fueron canceladas y las que realmente le adeudaban. (fl.106-120)

En igual sentido se observan los pagos realizados por Coodetrans Palmira Ltda por concepto de auxilio de transporte, por lo que para la Sala no es de recibo la omisión de pago endiligada a la encartada en el recurso de alzada.

Ahora, en lo que tiene que ver con la absolución de la condena en costas procesales cuestionada por la encartada, se entiende que las mismas, constituyen el conjunto de gastos en que incurren las partes extremas de una relación procesal, para obtener la declaración judicial de un derecho, esto es, los costos que aquellas deben sufragar en el curso de una litis proceso, las cuales incluyen “las expensas”, como “las agencias en derecho” –artículo 361 del CGP.

(i) Las expensas, son las varias erogaciones a que una parte se ve avocada en aras de adelantar determinada gestión judicial, como son, el valor de las notificaciones, los honorarios de los auxiliares de la justicia, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, entre otros. –artículo 364 del CGP-

(ii) Las agencias por su parte, corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce a favor de la parte vencedora y a cargo de la parte vencida, atendiendo los criterios sentados por el artículo 366 del Código General del Proceso aplicable por remisión analógica dispuesta en el artículo 145 del Estatuto Procesal del Trabajo, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado³.

³ Sentencia C-043 de 2007, MP. Doctor, Marco Gerardo Monroy Cabra, Corte Constitucional.



De allí que al culminar el proceso se efectúe tal condena, no sólo porque su imposición nace del ejercicio propio del derecho, sino porque negar su reconocimiento implicaría que se gravara a la parte avante con los costos del trámite procesal, cuando ese resarcimiento debe estar a cargo del vencido, y sin que el a quo presentara alguna otra noción del trabajo subordinado por la cual se pudiera absolver al respecto

Sobre el tema, el artículo 392 del C. P. Civil, hoy Código General del Proceso en su artículo 365 prevé: *"(...) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquéllos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)"*

La precitada norma prevé dos (2) etapas en las que resulta procedente tal condena: (i) La primera se refiere al trámite del proceso, período que va desde la presentación de la demandada y hasta la sentencia, y en donde el juzgador ha acogido la teoría objetiva, la cual se erige sobre el principio que la parte vencida en el proceso asume la condena sin que la presencia de factores subjetivos, como la falta de polémica, altere el resultado final, que no es otro que la imposición de la condena en comento. (ii) La segunda, donde la sanción está condicionada a la existencia de controversia entre las partes.

Descendiendo a la situación que ocupa la atención de la Sala, se advierte que la primera instancia culminó con una decisión judicial, de manera que correspondía al censor de primer grado determinar cuál era la parte que vencida, para que procediera a imponerle a la misma condena en costas.

Respecto a la definición de las costas procesales, ha señalado la Corte Constitucional que su valor debe ser asumido por la parte que resulte vencida en el juicio⁴:

"3.- Siguiendo planteamientos de la doctrina nacional, la jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que las costas, esto es, "aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, están conformadas por dos rubros distintos: 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 apoderados. El artículo 393-2 del C.P.C. señala como expensas los

⁴ Sentencia C-089 de 2002 MP. Doctor Eduardo Montealegre Lynett, Corte Constitucional.



impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, y hace referencia genérica a todos los gastos surgidos en el curso de aquel.

Por su parte, las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho. No obstante, como lo señalan los intervinientes y lo ha explicado la propia Corte, esos valores son decretados a favor de la parte y no de su representante judicial, sin que deban coincidir con los honorarios pactados entra ésta y aquel.

Empero, lo anterior no significa que en todos los procesos judiciales deban liquidarse costas, pues como lo señaló esta Corporación en la Sentencia C-037 de 1996, "será responsabilidad del legislador definir, en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras expensas judiciales. (...)"

Por consiguiente, el pago de las costas procesales, es, "quien resulte vencido en juicio"; lo que quiere decir, que al juez no le está dado sancionar en costas a todos los demandados de un proceso, sino solamente a aquellos en contra de quienes hubieren prosperado las pretensiones.

El concepto de costas pues, no se restringe únicamente a la oposición que puede presentar el sujeto pasivo a través de la contestación de demanda o la proposición de excepciones, pues es un hecho notorio que los accionantes cuando concurren a la jurisdicción en sus diferentes modalidades, tienen que sufragar gastos, como el de notificaciones, copias, entre otros, que no pueden ser objeto de desconocimiento, pues se condena al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento, lo que significa que la condena en costas está condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa).

En lo que tiene que ver con las costas de primera instancia y su revocatoria como punto materia de apelación, la sentencia declaró la existencia del contrato entre los contendientes, el cual tuvo lugar entre el 25 de enero de 2012 y el 24 de abril de 2014; absolviendo el juzgado de las demás pretensiones a la accionada, y si bien se tuvo que surtir el trámite de una demanda con la iniciación de un proceso, el cual representa desgaste para las partes, cuando se tiene conocimiento



de precedentes en la materia, se puso en movimiento el aparato judicial; la declaratoria del contrato de trabajo no fue objeto de apelación por la pasiva, pese cualquier efecto jurídico y la facultad extra petita del a quo el que se hubiera accedido en forma declarativa en un mejor derecho para el actor, al contar con declaración judicial, no permiten concluir que la parte que salió avante fue la pasiva. - artículo 365.5 del CGP -

Adicionalmente, frente a la liquidación, agencias en derecho o el valor concreto de las costas, se debe tener en cuenta que cualquier inconformidad corresponde al trámite de los recursos contra auto que aprueba la liquidación de estas. -Artículo 366 nrl 5 del CGP- por consiguiente, no resulta viable hacer una consideración adicional y se confirmará la sentencia impugnada en su integridad al quedar resueltos los puntos materia de inconformidad por la parte demandante y demandada.

COSTAS

Deberá indicarse que no obrará condena de costas en esta instancia, de conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: -CONFIRMAR- la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Palmira, de 10 de abril de 2019, siendo demandante el señor WILLIAM ESNEIDER CHACON ALDANA con C.C. 80242293 y demandada LA COOPERATIVA DE



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRANSPORTADORES DE PALMIRA -COODETRANS PALMIRA LTDA.- con NIT.
891300059-4, conforme lo antes expuesto.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, se confirma el sentido de las de primera.

Notificado en Estrados.

El Magistrado y Magistradas

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Salvamento parcial.



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

SALVAMENTO PARCIAL

Radicación No. 76-520-31-05-002-2015-00024-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL

Demandante: WILLIAM ESNEIDER CHACÓN

Demandado: COODETRANS PALMIRA LTDA

Asunto: APELACIÓN sentencia.

Respetuosamente presento salvamento parcial de voto respecto de absolución de costas procesales de primera instancia

De acuerdo con la demanda, el señor WILLIAM ESNEIDER CHACÓN ALDANA inició juicio ordinario laboral pretendiendo el reconocimiento de horas extras, recargo por trabajo dominical y festivo habitual y en consecuencia se condene al pago de las sumas de dinero adeudadas por dichos conceptos, así como a la reliquidación de prestaciones sociales, acreencias laborales causadas en vigencia de la relación de trabajo y aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; subsidio de transporte e itinerarios insolutos. (fl.9-15)

La entidad demandada aceptó la existencia del contrato de trabajo entre las partes, pero se opuso a todas las pretensiones económicas de la demanda. A pesar que todas las pretensiones se despacharon desfavorablemente, el a quo procedió a absolver al actor de la condena en costas. decisión que fue recurrida por la parte demandada al considerar que su defendido asumió los gastos para su defensa, razón suficiente para haberse procedido con su reconocimiento.

Al respecto considero que, debió el operador jurídico sujetarse a lo previsto en el artículo 365 del C. G. del P. aplicable por remisión normativa al trámite laboral, es decir, es decir, condenar en costas a la parte vencida en el proceso, toda vez que fueron negadas las pretensiones del demandante y que la enjuiciada realizó diferentes gestiones tales como la contestación de la demanda, asistir a las audiencias, rendir los alegatos y las diferentes actuaciones inherentes al proceso.

En el proyecto aprobado por mayoría se indica que como la sentencia declaró la existencia del contrato entre los contendientes, el cual tuvo lugar entre el 25 de



enero de 2012 y el 24 de abril de 2014 y que como la declaratoria de contrato no fue objeto de apelación por la pasiva, no permiten concluir que la parte que salió avante fue la pasiva, consideración de la que me aparto, habida cuenta que estaba fuera de discusión la existencia de contrato de trabajo, incluso la parte demandante no solicitó su declaración, y en este mismo sentido la parte demandada aceptó el vínculo laboral, de manera que fue la parte demandante quien resultó vencida, pues pretendía en el proceso el reconocimiento de trabajo suplementario y su consecuencia incidencia en la liquidación de las prestaciones sociales, más las sanciones de ley, pretensiones que se despacharon desfavorablemente por el juez de instancia, y que se confirmó en esta instancia.

En los anteriores términos dejo rendido mi salvamento parcial de voto

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Salvamento parcial.

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

e8845ce1ad994ea646f26625c35365210c90dbc689bf076b9f468440e2c16720

Documento generado en 13/11/2020 12:13:45 p.m.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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



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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-003-2015-00123-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DANILO MURILLO ALBORNOZ
Demandado: AYRA MURILLO PLACIDES Y OTROS
Asunto: APELACIÓN sentencia.

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, proceden a desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 20 de febrero de 2019 -(20/02/19)-, por el -Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura-.

ANTECEDENTES

El señor DANILO MURILLO ALBORNOZ por conducto de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primero instancia en contra de MAYRA VIVIANA MURILLO PLACIDES, ANGIE VANESSA MURILLO PLACIDES, YULIETH TATIANA MURILLO PLACIDES, JUAN DAVID MURILLO RODRÍGUEZ y ANDREINA MARISOL COROZO VALENCIA en calidad de herederos determinados y a los HEREDEROS INDETERMINADOS del causante JUAN DE DIOS MURILLO

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

² No. 179 Control Estadística.

LARGACHA, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura.

Pretensiones encaminadas a la declaratoria del contrato verbal a término indefinido vigente entre el 27/01/1997 y el 31/01/2013, donde laboró 12 horas diarias de lunes a viernes y un domingo cada 15 días; requiriendo que se deje sin efectos la terminación por no informarse dentro de los 60 días siguientes a la finalización el estado del pago de las cotizaciones de la seguridad social y parafiscales sobre salarios de los últimos tres meses. De manera subsidiaria la declaratoria de la terminación sin justa causa.

En consecuencia, se imponga condena por concepto salarios, diferencias salariales, horas extras, auxilio de transporte, prestaciones sociales y acreencias laborales, sanciones e indemnizaciones con origen en la omisión de pago frente a las anteriores y los efectos de la terminación unilateral. (fl.6-14)

Pretensiones que se fundamentan, en síntesis, en exponer que el actor prestó sus servicios mediante un contrato de trabajo verbal a término indefinido vigente entre el 27 de enero de 1997 y el 31 de enero de 2013, cumpliendo labores como bombero en favor del señor Juan de Dios Murillo Largacha, con una jornada de trabajo de 12 horas diarias de lunes a sábado y un domingo cada 15 días, devengando la suma de \$ 300.000.

La relación de trabajo finalizó por decisión unilateral del empleador, quien falleció el 31 de enero de 2013. (fl.3-6)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura en sentencia del 20/02/19, no accedió a las pretensiones impetradas por el actor (min.12:13 fl.328), en el siguiente orden:

"PRIMERO: ABSOLVER a MAYRA VIVIANA MURILLO PLACIDES, ANGIE VANESSA MURILLO PLACIDES, YULIETH TATIANA MURILLO PLACIDES, JUAN DAVID MURILLO RODRÍGUEZ y ANDREINA MARISOL COROZO VALENCIA en calidad de herederos determinados y a los HEREDEROS INDETERMINADOS del causante JUAN DE DIOS MURILLO LARGACHA de las pretensiones formuladas por DANILO MURILLO ALBORNOZ, de condiciones civiles conocidas en autos.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS al señor DANILO MURILLO ALBORNOZ a favor de MAYRA VIVIANA MURILLO PLACIDES, ANGIE VANESSA MURILLO

PLACIDES, YULIETH TATIANA MURILLO PLACIDES, JUAN DAVID MURILLA RODRÍGUEZ y ANDREINA MARISOL COROZO VALENCIA, en calidad de herederos determinados y a los HEREDEROS INDETERMINADOS del causante JUAN DE DIOS MURILLO LARGACHA Por secretaría tásense en el momento procesal oportuno.

TERCERO. Si este fallo no fuere apelado se ordena el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Sala Laboral, para que se surta el recurso. Quedó notificado en estrados.” (fl.325-326)

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La apoderada judicial de la parte demandante argumenta que no se realizó una adecuada valoración de la prueba testimonial, al demostrar la fecha de inicio y terminación de la relación laboral, al manifestar los señores, “Charri”, “Triviño” y “Cristino” que el vínculo había finalizado con la muerte del empleador (min. 13:48 fl. 328).

TRÁMITE EN ESTA INSTANCIA.

Allegadas las actuaciones a esta Sala, se procedió a su admisión; así mismo, de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones; vencido el término, según constancia secretarial las partes no se manifestaron al respecto.

Ahora, procede la Sala a resolver, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

El problema jurídico conlleva a resolver sobre la declaratoria del contrato de trabajo en atención a lo dispuesto en los artículos 22 a 24 del CST. En caso afirmativo estudiar la viabilidad, así como la procedencia del reconocimiento de prestaciones y acreencias laborales, sanciones e indemnizaciones con origen en la omisión de pago frente a las anteriores y los efectos de la terminación unilateral; al alegar la parte actora que no se le entregó por no informarse dentro de los 60 días siguientes a la finalización el estado del pago de las cotizaciones de la seguridad social y parafiscales sobre salarios de los últimos tres meses en cumplimiento del parágrafo 1º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y Seguridad Social.

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

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

La anterior situación bajo la carga de la prueba dado que superado lo concerniente a la prestación del servicio y su determinación, es necesario que las partes y en particular quien pretende que se le reconozca un derecho, cumpla con el deber legal no solamente de mencionar los hechos constitutivos del mismo, sino también de desplegar todas las acciones con el propósito de probar aquellos supuestos fácticos que los respaldan, sin soporte probatorio las pretensiones no pueden ser declaradas por la jurisdicción, conforme preceptos del art. 167 del CGP antes 177 del CPC (art. 145 CPTSS), al respecto la H. Corte Constitucional manifestó en sentencia C-086/16, lo siguiente:

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

modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”.

De la causa adelantada, debe observarse que la parte demandante alega la existencia de un contrato de trabajo con el señor Juan de Dios Murillo Largacha entre el 27/01/1997 y el 31/01/2013, refiriendo en los hechos de la demanda la suscripción de un contrato verbal a término indefinido que perduró hasta que tuvo lugar la terminación unilateral por parte del empleador.

En lo pertinente que se hubiera hecho alusión en el recurso de alzada a las pruebas testimoniales para respaldar los dichos que soportan las pretensiones del señor Danilo Murillo Albornoz, advirtiendo la Sala que de los tres deponentes mencionados solo se logran identificar al señor Rodrigo Alfredo Charri Rodríguez y Cristino Valencia Mina, dado que quien refiere la apoderada judicial del promotor de la acción como “Triviño” no fue convocado a dar declaración dentro de la presente causa. (min. 15:28 fl.328; fl.113)

Sobre el tema puntual a la fecha de iniciación del vínculo laboral entre los contendientes, el señor Rodrigo Alfredo Charri Rodríguez indicó que lo fue el 27/01/1997 (min.07:29 y 9:20 fl.115) coincidiendo con el señor Cristino Valencia Mina, quien manifestó que el señor Murrillo Albornoz, ingresó en el año 1997 a prestar sus servicios en favor de Juan de Dios Murillo Largacha (min. 06:14 fl.328). Sin embargo, el primero de los nombrados no recordó su propia fecha a partir de la que se vinculó con Murillo Largacha (min.09:28; 18:16 fl.115) y tampoco supo explicar porque en cambio si tiene presente la del demandante.

Ahora, en cuanto a la data en la que se desvinculó el accionante Rodrigo Alfredo Charri Rodríguez informó que la desconoce al haberse retirado antes de que el señor dejara de prestar sus servicios en la Estación de Servicios “los Primos” (min. 08:29 fl.115) y que “cree” que dejó de trabajar cuando falleció el empleador (min. 08:54; 15:38 fl.115), no obstante, en respuesta subsiguiente expone que por un tiempo aproximado de un año o año y medio el establecimiento no funcionó y el actor no laboró allí sin tener presente más detalle (min.13:07 fl.115). Sobre el punto el señor Cristino Valencia Mina, refirió que no tenía presente la fecha de terminación, pero creía que coincidió con la muerte del patrono el 31/12/2013 porque después de la muerte de “Juancho” dejó de funcionar la estación agregando que para la fecha de la declaración funciona un club (min. 08:24; 10:37; 11:06 fl.328).

De allí, que pese a la razón del dicho del señor Charri lo fue, el hecho de haber sido compañero de trabajo del hoy demandante y la del señor Valencia, que laboró en un tiempo en el mismo establecimiento de comercio, no podría constarles la modalidad contractual, así como las condiciones salariales de la relación de trabajo que contrae la presente causa, por cuanto se desvincularon antes de la calenda que

refiere el actor en su demanda, incluso el señor Valencia Mina, ya no se encontraba para cuando presuntamente inició labores el demandante, al indicar en su declaración que desde el año 1995 se había retirado y pese a que compraba combustible en la estación de servicio "los Primos" no logró especificar con que frecuencia, cuando fue la última vez que estuvo en el establecimiento y si para aquella calenda se encontraba el promotor de la acción.

En gracia de discusión, para la Sala tampoco resulta suficiente la versión del señor Thomas Martínez, quien pese a no haber sido tenido en cuenta como fundamento de los argumentos de alzada y llamado al proceso por el demandante como testigo de los hechos de la demanda, refirió que se desempeña como secretario o auxiliar contable en el establecimiento de comercio donde prestó sus servicios el señor Murillo Albornoz, y en cuanto a la data de ingreso afirmó que lo fue entre el año 1995 y 1996 (min.20:15 fl.115), resaltando que al momento de rendir declaración el demandante aún se encontraba vinculado (min.20:20 fl.115), que la estación nunca ha dejado de funcionar (min. 25:48 fl.115) y "Danilo" nunca ha salido de allí a laborar a otros partes (min. 26:34 fl.115); circunstancias que resultan abiertamente contradictorias a todo lo anterior.

Sobre la carga probatoria de los extremos temporales, en Sentencia del 22 de marzo de 2006 bajo rad: 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 bajo rad: 33849 y 6 de marzo de 2012 bajo rad: 42167, expuso la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia:

"(...) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del

salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>. (...)"

Esta posición fue ratificada por el máximo órgano de cierre para esta jurisdicción en Sentencia SL905-2013. Por consiguiente, si el trabajador demandante no logra probar con exactitud la totalidad del tiempo servido a su empleador, eso no conlleva que deba perder el derecho a recibir los salarios y/o las prestaciones sociales correspondientes al tiempo de labor que logró demostrar judicialmente y, por tanto, la totalidad del lapso servido es el que resulte probado en el proceso.

En este orden de ideas, resulta de vital importancia, dentro de la carga probatoria del demandante, probar los extremos temporales de la relación laboral alegada, por cuanto ante la falta de certeza o aproximación, la decisión será contraria a sus intereses, a pesar de tener probada la prestación del servicio personal, por cuanto ha sido criterio reiterado de nuestro órgano de cierre, que al demandante no solo le basta con la presunción legal del artículo 24 del CST., sino que también debe probar otros aspectos relevantes del contrato de trabajo como lo es precisamente la vigencia del mismo.

En el caso concreto, no existe prueba alguna que de plena certeza a la Sala de fechas de inicio y terminación de la relación laboral, y si bien podría tomarse como data probable de vinculación el último día del último mes del año 1997 toda vez que concuerdan las manifestaciones de los deponentes que para la calenda el señor Murillo Albornoz ya se encontraba laborando al servicio de Juan de Dios Murillo Largacha, no ocurre lo mismo con la de finalización, ni con la continuidad en el tiempo que los testigos laboraron o fueron compañeros de servicios del actor en los establecimientos del alegado empleador, evidenciándose múltiples contradicciones entre tales declaraciones traídas al proceso como quedo evidencia en antecedencia.

En ese orden de ideas, y al no estar permitido al juez hacer suposiciones a efectos de realizar una eventual liquidación de los conceptos reclamados, habrá de confirmarse la sentencia proferida por la a quo.

COSTAS

Costas de la segunda instancia a cargo de la demandante. Sin agencias en derecho en cuanto se habría conocido en grado jurisdiccional de consulta.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia por escrito conforme el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado - artículo 295-, sin

Radicación No. 76-109-31-05-003-2015-00123-01
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DANILO MURILLO ALBORNOZ
Demandado: AYRA MURILLO PLACIDES Y OTROS
Asunto: APELACIÓN sentencia.

norma frente a la presente providencia a la que actualmente pueda remitir el artículo 41 del CPTSS en orden de su artículo 145, se dispondrá la notificación por estado, lo que conlleva similar función de comunicación, publicidad y duración -por el término actualmente posible de un día.

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

RESUELVE

PRIMERO: -CONFIRMAR- la sentencia proferida por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura, de 20 de febrero de 2019, siendo demandante el señor DANILO MURILLO ALBORNOZ con C.C. 94.445.245 y demandados MAYRA VIVIANA MURILLO PLACIDES, ANGIE VANESSA MURILLO PLACIDES, YULIETH TATIANA MURILLO PLACIDES, JUAN DAVID MURILLO RODRÍGUEZ y ANDREINA MARISOL COROZO VALENCIA en calidad de herederos determinados y a los HEREDEROS INDETERMINADOS del causante JUAN DE DIOS MURILLO LARGACHA, conforme lo antes expuesto.

SEGUNDO: Costas de la segunda instancia a cargo de la demandante. Sin agencias en derecho.

Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE

Radicación No. 76-109-31-05-003-2015-00123-01
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DANILO MURILLO ALBORNOZ
Demandado: AYRA MURILLO PLACIDES Y OTROS
Asunto: APELACIÓN sentencia.



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**7bfa926d3d990d2fad5614a97b9002b8766c4d69dac5cbbfe62be451d8047
15f**

Documento generado en 13/11/2020 11:48:38 a.m.

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



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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-834-31-05-001-2015-00533-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GLORIA EMILSEN RICO ACEVEDO
Demandado: INSTITUCIÓN EDUCATIVA "MIGUEL A CARO" y Otro
Asunto: APELACIÓN (sentencia).

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, proceden a desatar el recurso de apelación en contra de la Sentencia proferida el 19 de febrero de 2019 -(19/02/19)-, por el -Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá-.

ANTECEDENTES

La señora GLORIA EMILSEN RICO ACEVEDO por conducto de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la INSTITUCIÓN EDUCATIVA "MIGUEL ANTONIO CARO" y solidariamente en contra de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN y MUNICIPIO DE SAN PEDRO, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 1º Laboral del Circuito de Tuluá.

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

² No. 176 Control estadístico por secretaria.

Pretensiones encaminadas a la declaratoria del contrato de trabajo, requiriendo condenas por concepto de salarios, aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral, prestaciones sociales y acreencias laborales, sanciones e indemnizaciones con origen en la omisión de pago frente a las anteriores, así como subsidio familiar, horas extras y recargo por trabajo dominical y festivo, dotación de calzado y vestido de labor, indemnización por accidente de trabajo y pago de incapacidades medicas generadas. (fl.7-8)

Pretensiones que se fundamentan, en síntesis, en exponer que la actora presta sus servicios como vigilante, aseadora y encargada de oficios varios en el Instituto de Educación Básica y Media "Miguel a Caro", a partir del 06/01/002, a través de un contrato verbal. Indicó que su horario de trabajo es las 24 horas del día de lunes a lunes incluyendo festivos por la naturaleza de su cargo; recibiendo como contraprestación la vivienda estimada en un valor de \$100.000 mensuales. Resaltó que recibe órdenes por parte de la representante legal del demandado, y dentro de sus funciones se encuentran realizar el aseo de los salones de clase, cuidar el colegio y atender las personas que ingresaran al plantel educativo.

Precisó que en varias oportunidades recibió instrucciones detalladas de la licenciada Lucelli Cruz de Gil, rectora de la Institución. Agregando que no se le han efectuado los aportes al Sistema General de Seguridad Social, tampoco se le ha suministrado la dotación de calzado y vestido de labor, ni se le cancelaron las prestaciones sociales y acreencias laborales a las que tiene derecho. Finalmente refirió que no se ha afilió a una Caja de Compensación familiar (fls.6,7)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1º Laboral del Circuito de Tuluá en sentencia del 19/02/19, no accedió a las pretensiones impetradas por el actor (min.21:28 fl. 56), en el siguiente orden:

"PRIMERO: DECLARAR OFICIOSAMENTE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE CAPACIDAD de la Institución Educativa Básica Miguel Antonio Caro de acuerdo a las consideraciones vertidas.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, sin agencias en derecho, pues por las particularidades del caso no hay lugar a las mismas.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente sentencia, se concederá el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el inmediato superior SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA VALLE" (fl.57)

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La apoderada judicial de la parte demandante presentó y sustentó recurso de apelación refiriendo que entre las partes existe un contrato de trabajo que se suscribió a través de un contrato de comodato que necesariamente tenía que haber aparecido en su debido momento procesal y que se encuentra en poder del Municipio de San Pedro. Reitera sobre la existencia del contrato, que quedó acreditada la prestación personal del servicio, la contraprestación que lo es, la vivienda que le es suministrada a la demandante y la subordinación

Difiere del Juzgado al determinar en la sentencia que las labores realizadas no hacen parte del sostenimiento de la obra pública, por cuanto todas labores relacionadas con el aseo, donde niños pasan y conviven diariamente, contribuyen para que la institución no decaiga. Alude al principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, pues no es la primera ni la última situación que se está viviendo en las instituciones educativas dado que los rectores están llevando y contratando personas ajenas bajo órdenes, ofreciéndoles como contraprestación la vivienda para lograr mayor efectividad y mantener limpias las instalaciones ante las exigencias que les hacen y que los municipios no les proporcionen los recursos.

Afirma que desde el año 2002 la accionante viene laborando, evidenciándose los elementos básicos del contrato de trabajo, agregando que el Municipio de San Pedro debió tener conocimiento de la situación, pues la señora Rico Acevedo no vive en el inmueble porque quiera apoderarse de la vivienda, de ser así se le hubiera iniciado un proceso de pertenencia o promovido por la entidad las acciones policivas respectivas en contra de la actora. Sin embargo, pese a haber suscitado el presente litigio ella continua en la edificación³.

TRÁMITE EN ESTA INSTANCIA.

Allegadas las actuaciones a esta Sala, se procedió a su admisión; así mismo, de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones; vencido el término, según constancia secretarial las partes no se manifestaron al respecto.

³ Audio recurso de apelación y min.22:38 audio sentencia (interposición)

CONSIDERACIONES

El problema jurídico conlleva a resolver sobre la declaratoria del contrato de trabajo en atención a lo dispuesto en los artículos 22 a 24 del CST. que involucra a la Institución Educativa "Miguel Antonio Caro" del Municipio de San Pedro Valle, en virtud de la calidad de trabajadora oficial que alega la demandante como fundamento de las pretensiones del libelo genitor.

En forma liminar se destaca la representación legal que tiene el Municipio de San Pedro como entidad territorial certificada frente al establecimiento donde se refiere desempeñó labores de aseo la señora Gloria Emilsen Rico Acevedo, de conformidad con la Ley 715 de 2001 y los decretos reglamentarios sobre el servicio educativo. Planteada la controversia, conviene precisar ante la afirmación de la existencia de un contrato de trabajo realidad por parte de la señora Rico Acevedo, es competencia de la jurisdicción laboral determinar si las funciones que dice la nombrada prestó a favor de la encartada fueron las propias de un trabajador oficial.

Sobre el punto, la demanda da cuenta que la actora cumplió con funciones de vigilante y aseadora para la Institución Educativa "Miguel A. Caro" del Municipio de San Pedro; por lo que esta Corporación se centrará en establecer en qué calidad la demandante desplegó sus labores y si las mismas se relacionan con la construcción y mantenimiento de obras públicas.

Al respecto fueron practicadas como pruebas documentales: *(i) dos* oficios del 22/05/014 y 14/11/014, respectivamente dirigidos a la actora por parte de la rectora de la Institución Educativa "Miguel A. Caro". (fl. 3-4).

En lo pertinente que ante la orfandad probatoria no se logran establecer concreta y materialmente las labores que correspondían al cargo alegado por la promotora de la acción y bajo qué condiciones cumplió con las mismas, pues resultan insuficientes las aquí recaudadas, no se allegó el contrato de comodato a través del cual presuntamente llegó la señora Rico Acevedo al inmueble donde funciona el plantel educativo, el cual por su naturaleza tampoco sería determinante al caso presentado; y tampoco al momento de la práctica de las pruebas y el cierre del debate probatorio se realizó manifestación o conducta alguna de la parte interesada en hacer comparecer a todas las personas portadoras del testimonio decretado.

La anterior situación, bajo la carga de la prueba dado que superado lo concerniente a la prestación del servicio y su determinación, es necesario que las partes y en particular quien pretende que se le reconozca un derecho, cumpla con el deber legal no solamente de mencionar los hechos constitutivos del mismo, sino también de

desplegar todas las acciones con el propósito de probar aquellos supuestos fácticos que los respaldan, sin soporte probatorio las pretensiones no pueden ser declaradas por la jurisdicción, conforme preceptos del art. 167 del CGP antes 177 del CPC (Art. 145 CPTSS), al respecto la H. Corte Constitucional manifestó en sentencia C-086/16, lo siguiente:

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

Ahora, si bien las personas que realizan labores de aseo en las entidades estatales, en el argumento del a quo no son trabajadores oficiales y por lo tanto deben adelantar sus reclamaciones laborales ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa; cuando, como aquí ocurre, dentro de la jurisdicción laboral se asegura que además, los servicios prestados involucran el cumplimiento, entre otras, de funciones como "velar por la conservación y mantenimiento de los bienes de la institución", en razón de lo cual se considera tener la calidad de trabajador oficial, no puede negarse la solución del conflicto, pues la determinación de si las funciones anunciadas corresponden o no a los casos de excepción a la regla general de la calidad de empleado público, prevista en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, consistente en que se trate de funciones que tengan que ver el sostenimiento de obras públicas, constituye el objeto del litigio y debe ser resuelta en sentencia.

Corrobora lo anterior la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL9315 de 2016 reiterada por la SL2603 de 2017, citando sentencia SL10610-2014 MP. Doctor Fernando Castillo Cadena expresó:

"(...) En efecto, la jurisprudencia tiene dicho que, para que el juez laboral asuma la competencia en un juicio contra una entidad de derecho público, al actor le basta afirmar la existencia del contrato de trabajo porque, de controvertirse esa afirmación, al juez le corresponde en la sentencia de fondo declarar su existió o no, y sólo en caso positivo puede reconocer los derechos que emanen de eses contrato.

Y ha precisado la jurisprudencia esa particular manera de desarrollarse la relación procesal que vincula a los servidores de la administración pública con ella misma, para poner de presente que la decisión que declare la existencia del contrato, como la que lo niega, es de fondo, con lo cual ha rechazado como

como previas las excepciones de falta de jurisdicción o competencia. Desde luego tampoco ha admitido que esas excepciones operen al finalizar la instancia, ya que ni la jurisdicción ni la competencia dependen de resultado del juicio.

La sentencia que absuelve a la administración por no haberse demostrado que el demandante le prestó un servicio personal como trabajador oficial es, resultado de lo dicho, una decisión de fondo que implica desestimar las pretensiones de la demanda. (...)

La sentencia reseñada sirve para precisar que en estos eventos la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral viene dada desde que el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación laboral regida por un contrato de trabajo (ficto-presunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública, bien sea con miras a obtener el reconocimiento de beneficios y derechos legales o extralegales exclusivos de los trabajadores oficiales o discutir sobre los ya existentes, pretensiones que obviamente invitan al juez a razonar sobre la categoría laboral del funcionario como requisito sustantivo previo a resolver cualquier punto relacionado con el contrato de trabajo."

Bajo los parámetros anteriores a más de que no quedar acreditadas las labores desempeñadas por la accionante en beneficio de Instituto "Miguel Antonio Caro" y mucho menos específicas para el extremo temporal afirmado. En gracia de discusión, ateniéndose la Sala a la manifestación de la procuradora judicial de la promotora de la acción al mencionar en generalidad las labores de aseo y limpieza del inmueble donde funciona el establecimiento educativo, no se puede concluir que la actora logró acreditar la calidad de trabajadora oficial al servicio de la accionada. En lo pertinente el órgano de cierre para esta Jurisdicción en la sentencia del 27 de febrero de 2002, bajo radicado 17729 se pronunció:

"(...) Cabe precisar que para ser establecida la calidad de trabajador oficial, ha sostenido la jurisprudencia, debe acreditarse en el juicio que las funciones desempeñadas en el caso específico, tienen relación con las actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas, pues no toda labor de servicios generales o de mantenimiento que se realice sobre un bien de una entidad pública o afectado a un servicio público como aseo de instalaciones, reparaciones, albañilería, pintura, etc., determina por ese solo hecho la naturaleza jurídica del vínculo laboral.(...)"

Como se viene anunciando sobre dichas actividades no hubo un aporte significativo por parte de la prueba documental arrimada al proceso y el único testimonio que fue escuchado en este proceso, esto fue el de la señora Luz Marina Trujillo (min.

11:08; 16:16; 18:30; 18:47 fl.52) se limitó a reproducir someramente que la función de la señora Rico Caicedo era la de realizar el aseo para la Institución Educativa "Miguel Antonio Caro" del Municipio de San Pedro, donde a la fecha de la declaración aun residía la accionante. De allí que esas labores no encuadren dentro de las actividades inherentes a la "construcción o sostenimiento de obras públicas", por cuanto tan solo constituyen actividades, que de manera indirecta e inmaterial, están enfocadas a velar por la integridad de unos bienes de uso público, pero que no tienen ninguna intervención material sobre los mismos, para ejecutar tareas de restauración, modificación, o mejoramiento, de acuerdo a la connotación que el legislador le ha dado a la figura del trabajador oficial, como servidor público excepcional de la estructura laboral de las entidades del Estado.

De allí que, en aplicación del principio general de la primacía de la realidad sobre las formas, y sobre la declaratoria de la existencia del contrato en una relación de servicios personales que se desarrolló con la administración pública se imponga la necesidad de verificar los presupuestos bajo los que puede entenderse que la demandante cumplió o ejecutó labores de restauración, modificación, mejoramiento, mantenimiento, sostenimiento o construcción de obra pública, lo cual independiente de la modalidad contractual suscrita entre las partes, no ocurrió en el de la referencia.

Por todo lo anterior, que no resulte suficiente el argumento de alzada sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, quedando relevada la Sala de realizar cualquier análisis de vocación de prosperidad respecto de las pretensiones de la demanda, por cuanto dichos pedimentos se derivan de la declaratoria del contrato de trabajo reiterando el Tribunal que lo hasta aquí indicado, no tiene sustento en la modalidad contractual suscrita entre los litigantes como se viene exponiendo, sino, en que la calidad de trabajadora oficial no fue demostrada dentro del presente proceso. Ello para significar que dicho análisis constituye una decisión de fondo que implica desestimar los pedimentos de la actora en palabras del máximo órgano de cierre para esta jurisdicción, para conformar la sentencia de primer grado.

COSTAS

Resuelto los puntos materia de inconformidad, deberá indicarse que las costas dentro de la segunda instancia estarán a cargo de la demandante, conforme el resultado del litigio, sin agencias en derecho toda vez que en subsidio se habría conocido en grado jurisdiccional de consulta; se mantiene el sentido de aquellas indicadas en primera instancia, de conformidad con el numeral 3º del artículo 365 del CGP.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia a través de los medios dispuestos en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, por escrito, y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado, sin norma a la que actualmente remita el artículo 41 del CPTSS, pero desarrollando idéntica función de publicidad y duración de la publicación, la denominación por edicto, al acto de comunicación con efectos jurídicos que no tendría otro término que el mínimo posible y sin norma a la cual remitir para darle significado, se dispondrá en similar función, conforme lo expuesto, la notificación por estado de la presente providencia.

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

RESUELVE

PRIMERO: -CONFIRMAR- la sentencia proferida por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Tuluá, de 19 de febrero de 2019, siendo demandante la señora GLORIA EMILSEN RICO ACEVEDO con C.C. 43.519.186 y demandado el MUNICIPIO DE SAN PEDRO, conforme lo antes expuesto.

SEGUNDO: COSTAS de la segunda instancia a cargo de la demandante. Sin agencias en derecho; se confirman las de primera.

Notifíquese por estado

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
(impedimento)

Radicación No. 76-834-31-05-001-2015-00533-01
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GLORIA EMILSEN RICO ACEVEDO
Demandado: INSTITUCIÓN EDUCATIVA "MIGUEL A CARO" y Otro
Asunto: APELACIÓN (sentencia).

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**c76e2281c4680ffe9d83e91422724efe6ab0a51041ecd4d96711097ae8e5d
8cd**

Documento generado en 13/11/2020 11:48:36 a.m.

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



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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76520310500120160001101

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandantes: EDGAR SÁNCHEZ FRANCO
Demandado: CIMA S.A.S. Y OTROS
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar -el recurso de apelación- respecto de la Sentencia proferida el 12 de julio 2018 (12/07/2018) por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Palmira, que absolvió de todas las pretensiones a la sociedad demandada.

ANTECEDENTES

El señor EDGAR SÁNCHEZ FRANCO presentó *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de la sociedad CIMA S.A.S. identificada con NIT 805024492-4 y del señor HENRY MARTÍNEZ JEREZ, con pretensiones encaminadas a la declaratoria del contrato de trabajo alegado entre el actor y la sociedad demanda del 28/03/12 al 31/05/14, el que fue terminado en forma unilateral, requiriendo condenas por prestaciones sociales, intereses a las cesantías, vacaciones, cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, trabajo suplementario, dominical y festivo, salarios del 16 al 31 de mayo de 2014, indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, la indexación sobre las condenas así como las costas y agencias en derecho.

Demanda que fue presentada el 25/01/16 (fl.1), una vez subsanada fue admitida mediante auto del 11/03/17 (fl. 29), la que presentó como recuento fáctico en síntesis lo siguiente: Que el actor prestó el servicio personal en los extremos antes indicados como vigilante en el Municipio de El Cerrito para la demandada, bajo órdenes impartidas por el señor HENRY MARTÍNEZ JEREZ, bajo horario de lunes a domingo de 6:00 p.m. a 6:00 a.m. sin haber reconocido valor por el trabajo en días dominicales, festivos ni trabajo suplementario, con asignación salarial correspondiente al mínimo mensual legal vigente, no obstante relata que para el

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

² No. 180 Control Estadística.

31/05/17 fue despedido sin justa causa y sin que se hubiese efectuado la correspondiente consignación de cesantías, ni el pago de salarios del 15 al 31 de mayo de 2014, como tampoco de las prestaciones sociales y vacaciones, quien además no fue afiliado al SGSS.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1º Laboral del Circuito de Palmira, mediante sentencia del 12/07/18, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, al haber tenido por supuesto que no era suficiente que la parte actora invocara la existencia del contrato realidad, ya que del único medio de prueba esto es de los testimonios recibidos no se dio conocimiento de la presunta relación laboral porque desconocieron por cuenta de quien se encontraba el señor demandante ubicado en la obra mencionada, además que las declaraciones fueron confusas sin contundencia sobre los extremos, que el demandante al exponer que inició desde el 2012, en audiencia narró que lo fue desde 2009, sin concluir confesión en el dicho de la representante legal de la demandada. Por lo que procedió a absolver de todas las pretensiones formuladas. (min. 4:00 y sig.)

RECURSO DE APELACIÓN

Refirió el apoderado del actor que los elementos esenciales del contrato de trabajo existieron por cuenta del salario, subordinación y salario, conforme lo indicó el señor Jorge Enrique Vidal y conforme recordó que el representante de la compañía le hacía el pago directo o dejaba el dinero con la secretaria, quien siempre se desempeñó como vigilante al tiempo que la subordinación se describió en respuesta por el señor Jorge Enrique que las órdenes las recibía del representante legal el señor Jorge Martínez, de las otras personas deponentes Olga y Luis Gualteros si tenían claro que el actor siempre se encontraba laborando en la constructora, aunque sin indicar el nombre siempre lo vieron en su función como vigilante, por lo que solicitó decisión favorable al demandante (min. 8:00).

TRÁMITE EN ESTA INSTANCIA.

Allegadas las actuaciones a esta Sala, se procedió a su admisión; así mismo, de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones; vencido el término solo la demandada allegó escrito (por medios electrónicos) en síntesis iteró su convencimiento en la inexistencia del contrato de trabajo aducido por el actor, para ello se fundamentó en que no se presentó voluntad expresa o tácita entre las ahora partes en litigio frente al contrato alegado, como tampoco acuerdo de voluntad en referencia a la existencia de los tres elementos requeridos en el artículo 23 del CST.

Ahora, procede la Sala a resolver, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se relaciona con los presupuestos sustanciales y probatorios acerca de la determinación del contrato de trabajo, en razón a los diferentes motivos indicados por la parte actora y pasiva en relación con su existencia.

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

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

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

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

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

Punto en que la valoración probatoria giro en torno a las declaraciones presentadas, las que practicadas en audiencia del 12 de julio de 2018 en su orden permiten evaluar su entereza probatoria a esta Sala:

El señor JORGE ENRIQUE VIDAL TENORIO, narró que al actor le hizo reemplazos de vigilancia en relación en la constructora, los que fueron a partir del 2013 donde estuvo en el día y a partir del 2014 nocturno porque el otro vigilante se fue, indicando que en el 2013 reemplazo al señor José sin conocer el apellido, vigilancia que era sobre una obra que consistía en una urbanización llamada Ciudadela La Merced, que antes del año 2013 el testigo no conoció a las otras personas que hacían la vigilancia, solo se dio cuenta de señor José quien le dijo que se iba a retirar, del actor mencionó respecto de la actividad de vigilancia que de los años 2012 a 2014 este la ejecutaba en la Ciudadela La Merced, pero solo se dio cuenta en el 2013 que estaba trabajando ahí, rememorando el testigo narra que ingresó el 15 de noviembre de 2013, fecha en que el actor ya estaba laborando, declarante que se retiró el 28 de noviembre de 2015, del actor refiere que trabajó hasta marzo o mayo de 2014, que aquellas labores de vigilancia del actor se cumplieron por todos los días de 6:00 p.m. a 6:00 a.m., sin embargo indicó que no conoció quien contrató al actor, de Héctor Fabio Gutiérrez, Esneider Astudillo y Eduardo Santa indicó haberlos conocido en la constructora sin saber indicar que ejecutaban en en esta, que el señor Motato era el maestro general de obra y que el actor recibía órdenes del señor Eduardo, Henry y la señorita Jama o por la secretaria, sin conocer el sueldo del actor, quien no continuó, según le comentó, por la falta de pago, el que se hacía por el Ingeniero, o el maestro, por giro o a través de la secretaria, que el señor Esneider y Eduardo Santa todavía están ahí y que la supervisión de los vigilantes de la demandada se hacía por el señor Eduardo que es primo del señor Henry (min. 34:30 y sig.).

Debe indicarse que del primer testimonio no es posible identificar aquella estructura jerárquica y la dimensión de la obra y por tanto que correspondiera al cometido directo de la sociedad demandada, aunque por lo menos en los años que el primer testigo fue compañero de trabajo del actor, no es posible definir con certeza que las personas que mencionó fehacientemente obraran como representantes del alegado empleador en relación a la sociedad CIMA S.A.S., pues la razón de su dicho es escasa en cuanto a que las obras o construcción fueran cometido de la encartada, de tal narración no puede darse un argumento basado en hechos suficientemente explicados que fuera a tal constructora a la que se le prestó el servicio y que tal obra estuviera a su cargo, en otras palabras se extraña el dicho de un testigo que conociendo el cometido de tales actividades de construcción atestara quien era su propietario y en qué forma conocía el proyecto urbanístico para no dejar duda al afirmar que la demandada fuera la beneficiaria.

Antes que permitir profundizar el aspecto general referido por el anterior la testigo la señora OLGA SILVA no aportó elemento convincente en el asunto antes mencionado, quien solo por razón del cobro de una obligación visitaba al actor en su sitio de trabajo, pero no dio ningún conocimiento soportado sobre el empleador o dueño de la constructora (min. 57:20), en el mismo sentido el testimonio del señor LUIS ELVER GUALTEROS NIÑOS no permitió identificar con razón de dicho y en suficiente exposición al beneficiario de la labor ejercida por el actor, pues son personas que solo visitaron al actor en actos de cobranza, sin conocer acerca de órdenes, representantes del empleador ni horario laboral ejercido (min. 1:06:16 y sig.).

De allí que faltando el actor a la premisa inicial a su cargo como era demostrar la prestación personal del servicio en beneficio de una persona concreta y debidamente determinada, acorde a los términos del litigio planteado y deber probatorio dispuesto en el artículo 177 del CPC y 167 del CGP la condena que solicita no puede encontrar base probatoria firme en rigor de la certeza que requiere la sentencia que declara la

existencia de relaciones jurídicas fundada en los hechos constitutivos del contrato de trabajo, de allí que la sentencia del a-quo será confirmada, conforme lo expuesto.

COSTAS

Costas en segunda instancia a cargo del recurrente, sin agencias en derecho, toda vez que Sin recurso interpuesto se habría conocido bajo artículo 69 del CPTSS.

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

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

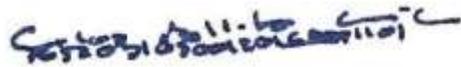
RESUELVE

PRIMERO: -CONFIRMAR- la sentencia proferida del -12/07/18-, por el -Juzgado 1º Laboral del Circuito de Palmira-, siendo demandante el señor EDGAR SÁNCHEZ FRANCO identificado con C.C. 6.287.065 y demandados la sociedad CIMA S.A.S. identificada con NIT 805024492-4 y el señor HENRY MARTÍNEZ JEREZ, por lo expuesto en la parte motiva.

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

Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**1660b790944c55ce9a47df42d4f46ec5bcf0eabd5644ddc9470990369746d
280**

Documento generado en 13/11/2020 11:48:49 a.m.

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

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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-003-2016-00121-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandantes: ALBERTO VALENCIA MINA
Demandado: AGREGADOS Y CONCRETOS DEL PACIFICO S.A.S.
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida 20/09/17 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura, que declaró la existencia de la relación y condeno a pagar prestaciones sociales y salarios adeudados en razón a la misma.

ANTECEDENTES

El señor ALBERTO VALENCIA MINA por conducto de apoderada judicial interpuso *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de AGREGADOS Y CONCRETOS DEL PACIFICO S.A.S., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura³.

Pretensiones encaminadas a la declaratoria de la relación contractual de trabajo alegado como existente entre el demandante y la sociedad demandada, en los siguientes extremos del *02 de febrero de 2012 al 30 de diciembre de 2015*.

En cuanto a la demanda (fl. 4-13) se presentó como recuento fáctico que el actor ingresó a laborar con la demandada el día 02/02/12 hasta el 30/12/15, quien fue despedido sin justa causa bajo la premisa de no tener fondos para pagarle. Que prestaba sus servicios como jefe de planta de trituración labor que pasó a ser desempeñada por un nuevo trabajador. Que su vinculación fue mediante contrato verbal a término indefinido de forma subordinada a la señora Gloria Inés Salas

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

² No. 181 Control Estadístico.

Acto	Fecha	Folio.
Presentación demanda	17/06/16	1
Auto Admite	28/06/16	19-20
Demanda admitida		4-13
Notif. Demandada por medio de curad.ad litem	09/03/17	41
Cont. Demandada curad. Ad litem	15/03/17	42
Auto tiene por contestada dda.	06//04/17	43-44

cumpliendo una jornada laboral por turnos de 10 horas diarias (7:00 am a 5:00 pm), de lunes a sábado, que nunca hubo un llamado de atención y siempre se destacó por cumplir sus deberes. Con salario de \$1.274.000 incluido auxilio de transporte.

Relata que al dar por terminada la relación laboral se adeuda el salario del mes de diciembre de 2015, primas de servicio, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y los aportes a la seguridad social por todo el tiempo laborado, quien no fue vinculado a Seguridad Social Integral, concluye indicando que se le adeuda la sanción por el no pago de los salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, la sanción por no consignar las cesantías a un fondo de cesantías, la dotación, la indemnización por despido sin justa causa, expresa que le fue entregada liquidación por prestaciones sociales por valor de \$4.351.880, sin pago, lo que en audiencia celebrada en la Inspección del Trabajo se le reconoció adeudarle.

Debido a lo expuesto solicita se declare la existencia de la relación laboral y el despido injustificado y se condene al pago de salarios adeudados, primas de servicio, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a pensión, indemnizaciones artículo 64, 65 del CST y numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 e indexación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura, mediante sentencia del 20/09/17 (min 2:25), declaró la relación laboral entre el actor y la demandada del 02/02/12 y el 30/12/15, condenó a pagar a favor del actor cesantías, intereses a las cesantías junto a la sanción correspondiente, primas de servicio, vacaciones, salario adeudado de diciembre de 2015 y el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones excluyéndose de condenar a la demandada por indemnización por despido sin justa causa, al indicar que no se logró demostrar el hecho de la terminación de la relación contractual en específico y la cual pudiese imputársele a la pasiva como generadora para despachar condena por este concepto, sobre pagos en salud y riesgos laborales señaló no encontrarse acreditados y finalmente no encontró elementos contundentes que permitiesen establecer la mala fe del empleador por la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, situación que no le permitió despachar condena al respecto⁴.

RECURSO APELACIÓN PARTE ACTORA.

Inconforme con lo decidido, presentado y sustentado el recurso de apelación (min 27:45), iteró que si existió mala fe por parte de la parte demandada al no pagar las prestaciones sociales al señor Alberto Valencia Mina, así se debió condenar al pago de la sanción por no consignación de las cesantías, al igual que por la sanción por el no pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo.

⁴ SENTENCIA No.047 SE RESOLVIÓ: PRIMERO: CONDENAR a la sociedad AGREGADOS Y CONCRETOS DEL PACIFICO S.A.S., representada legalmente por GLORIA INÉS SALAS MINA o quien haga sus veces, a reconocer y pagar a ALBERTO VALENCIA MINA, de condiciones civiles conocidas en autos, las relacionan a continuación: sumas por los conceptos que se relacionan a continuación: CESANTÍAS \$3.201.862; INTERÉS SOBRE CESANTIA + SANCIÓN: \$756.462; PRIMA DE SERVICIOS: \$3.201.862; VACACIONES: \$1.508.909; SALARIO diciembre 2015: \$1.247.000; TOTAL: \$9.943.095. SEGUNDO: CONDENAR a la empresa AGREGADOS Y PACIFICO S.A.S., representada legalmente por GLORIA INÉS SALAS MINA o por quien haga sus veces, al pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones dejados de realizar por el empleador durante el tiempo que estuvo vigente la relación laboral, es decir del 2 de febrero de 2013 al 30 de diciembre de 2015. El pago deberá realizarse en el régimen y entidad que escoja el trabajador demandante, en el porcentaje que le corresponda como empleadora. TERCERO: ABSOLVER a AGREGADOS Y CONCRETOS DEL PACIFICO S.A.S. representada legalmente por GLORIA INÉS SALAS MINA o por quien haga sus veces, de las demás pretensiones invocadas por ALBERTO VALENCIA MINA. CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de AGREGADOS Y CONCRETOS DEL PACIFICO S.A.S. y a favor de ALBERTO VALENCIA MINA, las cuales se pasaran por secretaria en el momento procesal oportuno.

Discurrió que la empresa despidió injustamente al trabajador toda vez que continuó prestando servicios con nuevos empleados una vez desvinculando el Señor Alberto Valencia Mina, en consideración se debió condenar a la indemnización por despido sin justa causa.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

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

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos que resolver refieren: establecer si la terminación de la relación contractual se originó bajo una justa causa o si por el contrario se dio por terminada por causa imputable al empleador y la procedencia de la indemnización por el despido e indemnizaciones de que tratan los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990.

Se estipula que la existencia de la relación laboral, extremos del contrato y salario no son objeto de planteamiento en el recurso, de allí que se tome por partida que el actor estuvo vinculado a la sociedad convocada a juicio, en virtud de un contrato de trabajo a partir del 02/02/12 al 30/12/15, teniendo como último salario \$1.274.000.

En cuanto a la procedencia de la pretensión de indemnización -artículo 64 CST- en donde la a quo señaló que la misma no procede en razón a que la parte actora como carga probatoria debió acreditar el hecho del despido y al empleador le recaía la carga de acreditar la causal aducida, en donde la parte actora no acreditó el hecho del despido, pues no se aportó un documento que emanara de la demandada informando sobre su decisión unilateral de culminar el vínculo contractual y que de la testimonial recaudada se señaló que el 30/12/15 fueron despedidos de forma verbal por la gerente por motivo de crisis económica pero otros testigos señalaron que se les informó la suspensión de actividades de la empresa por un tiempo mientras lograba ingresar un inversionista a la compañía, resaltó al testigo Carlos Javier Quiroga quien narró que los trabajadores hicieron un paro de actividades del 27 al 30 de diciembre de 2015 para que se les pagaran salarios, pero no se llegó a ningún acuerdo con el gerente, de allí la juzgadora consideró que no existía certeza sobre la forma de terminación del vínculo contractual entre despido, suspensión de los contratos o por un paro de actividades, por lo cual absolvió.

Teniendo en cuenta que la figura de despido fue la aludida por el demandante, esta Sala reitera que le incumbe a el actor demostrar que la decisión fue a iniciativa de su empleador, quien entonces tiene la carga de acreditar la justa causa o en caso dado el modo legal de terminación, doctrina contenida entre otras en la sentencia en Casación Laboral CSJ SL4547-2018.

De allí junto con los medios de prueba incorporados, que en realidad por lo indicado en la demandada tienen como relevante a la liquidación del contrato de trabajo, no puede sostenerse alguna mención clara al motivo o modo de terminación, incluso sobre el recaudo testimonial se observa lo siguiente:

JOSÉ LEONEL PEREIRA (Min 2:30): señaló haber sido compañero de trabajo del actor desde 2/2/12 hasta 30/12/15, recibiendo ordenes de la señora Gloria Inés Salas -gerente-, frente al actor indicó desconocer el salario devengado y que no le fueron canceladas prestaciones sociales durante la vinculación. Indica que fueron informados por la gerente que la empresa había empezado en déficit, que iban a buscar un socio accionista para superar la misma y que una vez aconteciera esto llamaban nuevamente al personal para reintegrarse, situación que no aconteció pese a que la demandada si volvió en actividades con otros empleados y que de los iniciales solo la secretaria continuó. Que por un lapso de un mes y medio casi dos estuvo parada la actividad de la demandada. Que sabe que la misma estaba en venta y que lo único que conoció una vez se reanudo la actividad es que le cambiaron la razón social, que los cargos existentes no estaban suprimidos, sin embargo, la infraestructura de la empresa si cambió.

RAÚL HURTADO MINA (Min. 11:01): Narró que trabajo con el actor y eran vecinos, que lo conoce hace 7 años y como compañero del 2/2/12 al 30/12/15, indicó que la señora Gloria Inés era la gerente u administradora, quien daba las órdenes. Señala que no se les canceló prestaciones sociales en ningún momento y que la terminación de la relación en el mes de diciembre de 2015 obedeció a que se iba a buscar un socio para sacar adelante la empresa, instrucción que fue dada de manera verbal, expone que nunca fueron afiliados a seguridad social.

GERARDO MOSQUERA (Min. 20:55): Aclara conocer al actor hace 20 años por sus vínculos de vecindad, que trabajó con la demandada desde 2/02/12 hasta diciembre de 2015, momento en el cual se terminó la relación laboral en razón a que la señora Gloria Inés Salas les informa que no había presupuesto para continuar y por ello iban a suspender actividades y traer un inversionista, indicó que durante la vigencia del mismo, nunca les fueron cancelados prestaciones sociales.

CARLOS JAVIER QUIROGA (Min. 28:50): señala que conoce al actor hace 3 años porque trabajaron al servicio de la demandada entre el 2/2/12 al 30/12/15 momento en el cual salieron todos los empleados de la prestación del servicio, toda vez que del 27 al 30 de diciembre de 2015 se había gestado un paro de actividades por pagos adeudados y el 30/12/15 la demandada indica que estaban en quiebra porque no había plata para responder con las obligaciones. Que nunca fueron afiliados a seguridad social y que siempre se recibió órdenes de la señora Gloria Inés Salas Mina.

De la prueba testimonial recaudada se verifica que la iniciativa de la empleadora para dar por terminada unilateralmente la relación contractual no se encuentra plenamente establecida ni acreditada, en los testimonios recaudados se establece que para diciembre de 2015 se presentó una situación de cese de actividades entre el 27 y 30, conforme lo expresado por el testigo CARLOS JAVIER QUIROGA (Min. 28:50) en exigencia de los pagos al empleador que conllevaron para el 30 de diciembre al cese definitivo de actividades. Del dicho de JOSÉ LEONEL PEREIRA (Min. 2:30), RAÚL HURTADO MINA (Min. 11:01) y GERARDO MOSQUERA (Min. 20:55), se indica que fueron informados por la señora Salas Mina que la empresa tenía problemas económicos y que las actividades se iban a suspender hasta tanto se consiguiese un socio accionista, que para dicho momento los empleados serian llamados nuevamente para continuar con la actividad. Se señala del testimonio del señor Pereira que la sociedad no volvió a reintegrar a los trabadores en su totalidad tan solo a la secretaria, cese de actividades que se prolongó por el lapso de un mes y medio casi dos meses, señalando que era de su conocimiento que la misma estaba

en venta y una vez se reanuda la actividad existió un cambio de razón social y de su infraestructura.

Situaciones anteriores que permiten evidenciar que frente a la terminación del vínculo laboral no existe claridad sobre si la sociedad pasa a un proceso de liquidación, cese de actividades por parte de los empleados, si existía un cese temporal por iniciativa del empleador o si no existió interés del actor en reintegrarse al levantamiento de alguna suspensión, por demás que si bien el acta de liquidación toma como extremo final el 30/12/15, solo está firmada por el empleador y no por el empleado, quien posteriormente la aporta al proceso, para poder datar el momento del alegado despido; por el documento solo puede tomarse la fecha que el empleador reporta como finalización del vínculo, lo que puede ocurrir igualmente cuando el empleado deja de presentarse a su labor, de allí no puede determinarse claramente la condición de despido, en cuanto en suma podría establecerse la suspensión de actividades, pero no se conoce sobre las condiciones de reanudación de actividades que en forma particular, narrada y concreta frente al demandante conllevaran aquella imposibilidad impuesta por el empleador para retomar o reintegrarse a su actividad subordinada en los sitios de labor de la demandada, por tanto al no encontrarse el despido debidamente acreditado se confirmará la decisión adoptada en instancia frente a la respectiva absolución.

Frente a la condena pretendida por indemnizaciones que tratan el artículo 65 del CST y numeral 3º art. 99 Ley 50 de 1990 ha de indicarse que la a quo se abstuvo de librar condena por dichos conceptos al no evidenciar mala fe de la pasiva para concurrir al pago de acreencias laborales, aunado al hecho que tan solo asistió al presente proceso por intermedio de curador ad litem.

Bajo este parámetro ha de recordarse que las indemnizaciones pretendidas no son de aplicación automática ni inexorable, tal como lo ha definido la Honorable Corte Suprema de Justicia, de allí que deban analizarse las circunstancias particulares de cada caso para determinar la procedencia o no de la sanción, porque si hay circunstancias de las que pueda inferirse que el empleador actuó de buena fe al no pagar o retardar el pago de acreencias, debe abstenerse de imponerla (Cas. Lab. Sentencia 9156-15, entre otras).

En el presente caso, se toma por fundamento la relación laboral entre las partes, por lo menos en los rubros pendientes que enseña la liquidación aportada firmada por el representante legal, de la cual no se aprecia salvedad del demandante sobre otros montos pendientes a los allí indicados, debe mencionarse que en el expediente no se demostró que la demandada pudo haber estado bajo el convencimiento de no adeudar suma alguna, aunque los testigos narran condiciones financieras que obstaculizaban el pago, el derecho laboral opera bajo el presupuesto que el empleado no comparte los riesgos financieros de la empresa, se itera lo dispuesto en Casación Laboral sentencia SL2488-2017:

"Ahora bien, aun cuando del certificado de existencia y representación legal de la sociedad, obrante a folios 11- 12 y del acta de reunión de determinación de derechos de voto y acreencias de folios 370- 407 se puede derivar que la empresa atravesaba dificultades económicas tiempo antes del 10 de febrero de 2006, momento en que se aceptó la apertura del trámite de reactivación empresarial de la Ley 550 de 1999, tal como lo alega la censura, pues este procedimiento está contemplado para corregir deficiencias que presenten las empresas en su capacidad de operación y permitir su recuperación económica, lo cierto es que esta sola circunstancia no tiene el potencial suficiente para desvirtuar la sentencia

impugnada, pues la jurisprudencia de esta Corporación ha venido sosteniendo que el estado de insolvencia económica o iliquidez del empleador, por sí solo, no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto, incluso en estos eventos, el patrono puede ejecutar actos contrarios a la buena fe en el no pago de acreencias adeudadas a los trabajadores a la terminación del contrato, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar su buena fe (ver sentencias CSJ SL, 18 sep.1995, Rad. 7393, CSJ SL, 3 may. 2011, Rad. 37493 y CSJ SL, 14 agos. 2012. Rad. 37288)."

Por este motivo no se exime la demandada, en particular de la indemnización del artículo 65 CST, tampoco se releva por la elaboración de liquidaciones finales a sus empleados (fl. 14) donde se contemple el adeudarle acreencias laborales, ni se excusa porque la empresa haya reconocido la relación contractual, razones que llevan a modificar la sentencia apelada para condenar por la indemnización del artículo 65 del CST, bajo último salario mensual en el año 2015 de \$644.350 como básico y \$555.650 promedio variable (liquidación fl. 14- \$1.200.000), corresponde tal sanción al valor diario de \$40.000 desde el 31 de diciembre de 2015 y por los primeros 24 meses, a partir del mes 25 por los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria o entidad que haga sus veces, hasta la fecha de pago de las prestaciones sociales por las cuales se profiere condena en primera instancia.

No obrara condena por la indemnización del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como se indicó, el actor en la solicitud de incorporación al expediente de la citada liquidación no presentó salvedad en que lo allí expresado como adeudado, no estuviese desvirtuando que además se presentasen otros montos u obligaciones pendientes de pago, de la audiencia que se indica realizada ante el Ministerio de Trabajo debe atenderse la restricción de valoración probatoria sobre el procedimiento hacia la conciliación o discusiones surgidas entre las partes en tal audiencia (no del resultado), según el artículo 76 de la Ley 23 de 1991, si bien lo anterior puede diferir de las razones de la a quo para fijar los montos de condenas por prestaciones sociales, de acuerdo a la conducta procesal de las partes no existió intervención directa por la demandada sobre motivos de inconformidad a tales condenas, por lo anterior al observar el valor por auxilio de cesantías que se reconoce como adeudado por la demandada en la liquidación aportada por el actor, solo se encuentran las del respectivo año 2015, no así de años anteriores, por lo cual, en el ámbito de la sanción indemnizatoria, no existe certidumbre que aquellas que debían consignarse por los años 2012 a 2014 no se cubrieran bajo tal procedimiento, por motivos diferentes se confirmara la absolución al respecto.

De esta forma, la sentencia del a-quo será adicionada conforme lo expuesto.

COSTAS

Sin condena en costas, conforme el resultado del proceso.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la condenas proferidas en la sentencia del 21 de septiembre de 2017, por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Buenaventura, siendo demandante ALBERTO VALENCIA MINA identificado con C.C. N° 16.509.408 y demandada la sociedad AGREGADOS Y CONCRETOS DEL PACIFICO S.A. con NIT 900.417.992-7, para condenar a esta sociedad al pago al demandante de la indemnización contemplada en el artículo 65 del CST, al valor diario de \$40.000 desde el 31 de diciembre de 2015 y por los primeros 24 meses, a partir del mes 25 por los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria o entidad que haga sus veces, hasta la fecha de pago de las prestaciones sociales por las cuales se profiere condena en primera instancia, confirmar en lo demás la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN CONDENA en Costas en esta instancia.

Notificado por estado

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**c4d235a3ff80b2def4d7d942d3f7435fb371984617ab0acc4a48b972f8638d
c1**

Documento generado en 13/11/2020 11:48:42 a.m.

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



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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-520-31-05-002-2016-00131-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: WILSON RAMÍREZ BEJARANO
Demandado: MANUELITA S.A.
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, y las doctoras CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE Y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 6 de septiembre de 2018 (06/09/18) por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Palmira, que no accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor WILSON RAMÍREZ BEJARANO por conducto de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de MANUELITA S.A., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 2º Laboral del Circuito de Palmira (V).

Pretensiones encaminadas a la declaratoria de la ilegalidad del despido del actor al estar amparado por fuero de salud y gozar de estabilidad laboral reforzada, así como de la omisión en otorgar un día de descanso compensatorio por parte de la demandada en favor del señor Ramírez. Como consecuencia de lo anterior solicitó se ordene el reintegro con los salarios, acreencias y prestaciones que se hubieren causado con ocasión del mismo. Igualmente se condene al reajuste salarial entre el 09 de julio de 2012 y el 08 de abril de 2013 debido al cambio de categoría del trabajador, el valor en dinero de los días de descanso remunerado no disfrutado por el accionante, las prestaciones sociales que resulten de los días de descanso, indemnización moratoria dispuesta en el

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

² No. 182 control estadístico

artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo y de la seguridad social, así como la sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Pretensiones que se fundamentan, en síntesis, en exponer que el actor se vinculó con Manuelita S.A. mediante un contrato de trabajo a término indefinido entre el 22/07/91 y 06/03/15, desempeñando como último cargo el de supervisor de campo y devengado un salario promedio de \$ 3.573.000,00. Que fue despedido sin justa causa, sin solicitar permiso ante la autoridad competente y pese habersele cancelado la indemnización respectiva, tiene secuelas y un diagnóstico relacionado con tres accidentes de trabajo en vigencia de la relación contractual.

Indicó que fue futbolista, que nunca se le hizo seguimiento a sus patologías, no fue beneficiario del programa de salud ocupacional de la demandada y tampoco fue calificado por la ARL, ni por Manuelita S.A., resaltando que a través de un derecho de petición logró que ARL Seguros Bolívar le calificara su porcentaje de Pérdida de la Capacidad Laboral obteniendo por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca el 19.5% con origen laboral. Agregó que trabajó de manera habitual los dominicales y festivos para Manuelita S.A, y aunque se le retribuyó en dinero, no se le otorgó el descanso compensatorio remunerado. Expresó que recibió habitualmente un valor de \$496.289 por concepto de transporte (o canon de arrendamiento de moto), el cual fue excluido para el pago de prestaciones sociales.

Afirmó que en el año 2010, prestó sus servicios como supervisor de corte y siembra de Semilla (cargo categoría 10 y por consiguiente con mejor remuneración) sin embargo, entre julio de 2012 y abril de 2013, no se reconoció dicho reajuste salarial de acuerdo al artículo 11 de la Convención Colectiva de Trabajo del Ingenio Manuelita S.A, alegándose por parte de ésta última, que las interrupciones en la prestación del servicio no permitieron acumular los 61 días continuos que se requerían para tal efecto.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2º Laboral del Circuito de Palmira en Sentencia del 06 de septiembre de 2018, concluyó sobre las pretensiones formuladas por la parte actora:

"PRIMERO: ABSOLVER a la entidad demandada MANUELITA S.A, representada legalmente por el señor ÁLVARO FERNÁNDEZ NOGUERA, o quien haga sus veces de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el actor WILSON RAMÍREZ BEJARANO, en su contra.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas a la parte demandante.

TERCERO: Si esta sentencia no fuere apelada, envíese en consulta ante el Honorable Tribunal Superior de Buga, por haber resultado desfavorable a las pretensiones del demandante."

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La apoderada de la parte demandante presentó y sustentó recurso de apelación iniciando con una aclaración sobre el error al que hace referencia el juzgado en relación a que en la demanda se dijo que el señor Ramírez Bejarano, devengaba un salario promedio de \$3.573.000,00 y fue liquidado con un salario de \$3.511.677,00, afirmando que ésta diferencia tiene que ver con que se tomó en cuenta el valor de \$496.289,00, otorgado como un auxilio y como se observa en los desprendibles de pago anexos. Argumentó que, si bien es cierto, las pruebas relacionadas con la pérdida de la capacidad laboral, el juzgado las tomo por extemporáneas, las mismas son necesarias para aclarar que el epicentro de esa calificación fueron los accidentes laborales, porque si Manuelita S.A. no tenía un departamento bien constituido del Sistema de Gestión y Seguridad en Salud en el Trabajo le fue imposible determinar las patologías del trabajador. Señaló que para la ARL esos tres casos no estaban cerrados y ello se prueba apreciar en los argumentos de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca y el cierre que se efectuó al terminarse una calificación del 23% de PCL.

Resaltó que el juzgado se equivocó cuando refirió que el mismo actor expresó que no se encontraba con ninguna dolencia al momento del despido, y es tan falso como que, inclusive en la liquidación anotó que se reservaba el derecho a reclamar toda vez que se encontraba con un dolor en las rodillas, aclarando que lo que dijo fue que no tenía en ese momento ninguna patología psíquica, pero si física, y no obstante a la fecha ya presenta afecciones psíquicas por no haber podido conseguir empleo. Precisó en cuanto al conocimiento del estado de salud del actor por parte de la demandada, que fue Manuelita S.A. la que reportó los tres accidentes de trabajo y según el Decreto 1072 y la Ley 1562 de 2015 le es menester a la empresa tener un departamento de vigilancia epidemiológica, es decir, hacerle un seguimiento a sus trabajadores, lo cual no ocurrió al no haberse efectuado los exámenes periódicos ocupacionales, de lo contrario se hubiese dado cuenta de la patología y las secuelas.

Alegó que de acuerdo con el artículo 84 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en armonía con el artículo 327 del Código General del Proceso se le debe dar valor probatorio a los documentos que soportan la calificación de la invalidez presentada con posterioridad, agregando las secuelas son de un accidente laboral, y que si bien es cierto la estructuración fue posterior al despido no es menos cierto que no necesariamente se toma al momento en que ocurrió el accidente de trabajo.

Refirió que el juzgado no le dio pleno valor a los desprendibles de pago aportados por el demandante dentro de los que se puede ver que este último laboraba todos los días sin descanso alguno; solicitando de conformidad con todo lo expuesto que se realice el análisis de las pruebas aportadas oportunamente y aquellas extemporáneas que se arrimaron al proceso (min. 32:45 y sig.).

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

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

CONSIDERACIONES

El *problema jurídico* conlleva a resolver sobre la estabilidad laboral reforzada alegada por el señor Wilson Ramírez Bejarano al momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de Manuelita S.A. y decidir sobre la procedencia de la compensación en dinero del descanso por trabajo en dominicales y festivos.

Planteada la controversia, conviene precisar que la Ley 361 de 1997, contiene un régimen de carácter especial, que trasciende el campo del Sistema de Seguridad Social Integral, y su protección va más allá de las garantías que consagra ese régimen general, pues su propósito es la protección de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones, previendo la asistencia y protección necesarias, el artículo 26 prevé que ninguna persona puede ser despedida o su contrato de trabajo terminado por razón de su limitación funcional, a menos que medie una autorización de la autoridad competente, es decir, un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo, quiere decir ello, que si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la terminación del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa correspondiente, en este caso representada por el Inspector de Trabajo, por lo que debe destacarse que si la decisión de rescindir el contrato de una persona en tales condiciones, se apoya u obedece a esa circunstancia y no media la autorización administrativa, la consecuencia jurídica es el reconocimiento de una indemnización, sin perjuicio de las demás indemnizaciones y prestaciones a que hubiera, por razón de la ineficacia del despido.

Así entonces en anterior doctrina, para poder acceder a las prerrogativas que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requería primero, que el trabajador se encuentre en alguna de estas hipótesis : (a) con una limitación "moderada", que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) "severa", mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%; en segundo lugar que el empleador conozca de dicho estado de salud; y tercero, que la relación laboral se termine sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social". Sentido, en que le correspondía al demandante demostrar que fue despedido o retirado de forma forzosa del servicio en razón a su estado de salud, obra documental aportada: (i) historia clínica del demandante (fl. 9-11;20-33); (ii) terminación unilateral del contrato suscrito entre los litigantes (fl. 140); (iii) liquidación de prestaciones sociales definitivas (fl. 12:142); (iv) pagos efectuados al Sistema General de Seguridad Social Integral (fl.13); (v) circular relacionada con el alquiler de motocicleta (fl. 14-15; 167-168); (vi) correo electrónico referente a la eliminación del auxilio de transporte para aquellos trabajadores que hacían uso de los carros de la empresa (fl.16); (vii) certificado de interrupciones en la prestación del servicio (fl. 17); (viii) solicitud presentada por el sindicato de trabajadores referente al pago del reajuste salarial de acuerdo a la convención colectiva de trabajo suscrita entre las partes y la categoría del cargo desempeñado por el demandante (fl. 18); (ix) reporte de accidente de trabajo del 22/11/091 (fl.40); (x) reporte de accidente de trabajo de 15/07/094 (fl.41); (xi) recomendaciones para el

reintegro laboral (fl. 42); (xii) historia de salud ocupacional (fl.45-47; 59-76); (xiii) remisión del señor Ramírez Bejarano a la EPS; (xiv) comprobante de pago (fl. 89-90); (xv) indemnización por despido injusto (fl.141); (xvi) examen de egreso (fl. 11;143); (xvii) dictámenes expedidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca y la Nacional de Calificación de invalidez (fl. 183-189); (xviii) certificado de prestaciones asistenciales reconocidas al demandante (fls. 145); (xix) respuesta emitida por ARL Seguros Bolívar de la que se extrae que al 13 de abril de 2015 no se había iniciado proceso de calificación de PCL alguno (fl. 146-147); (xx) sentencia de tutela proferida por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Palmira el 14/05/015 (fl. 148-166); (xxi) respuesta a solicitud de reajuste salarial por aplicación del artículo 10 de la CCT (fl.169); (xxii) Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre las partes (fl. 171-180).

Del análisis de las anteriores, es preciso indicar que, en atención a lo enseñado por el órgano de cierre en las citadas sentencias, y al invocarse como fundamento de la demanda la Ley 361 de 1997, le correspondía al demandante demostrar que contaba con una pérdida de capacidad laboral o afectación de salud de cierta incidencia o relevancia para el momento del despido o que aquella que fuera posterior como presuntamente es su caso, se estructurara en vigencia del vínculo laboral; circunstancias fácticas relevantes que no fueron acreditadas, pese a obrar diligencias ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca y Junta Nacional de Calificación de Invalidez (fl.183-189;190-198).

Lo anterior en virtud a la extemporaneidad de aquellas documentales al momento de allegarse al proceso, por no haber sido aportadas ni solicitados con la demanda o la reforma por el interesado, de manera que por esta misma razón no pueden someterse a valoración en esta instancia como lo pretende la recurrente en aplicación del artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a más de que tampoco se evidencia la ocurrencia de alguna de las situaciones bajo las cuales en el trámite de apelación de sentencia, las partes pueden solicitar pruebas de conformidad con el artículo 327 del Código General del Proceso enunciado en el recurso de alzada.

En gracia de discusión, las mismas no acreditan que efectivamente para el momento del despido existía tal grado de disminución física del ex trabajador que conlleve a establecer el nexo de causalidad entre la terminación unilateral del contrato el 06/03/15 con la invalidez del actor estructurada para el 06/06/16, dejando sin soporte los argumentos de la recurrente cuando refiere que esta última no tiene que corresponder al momento del accidente de trabajo, dado que lo que se hacía reprochable frente al empleador era el despido como una conducta discriminatoria y para ello era necesario que se tuviera conocimiento del estado de salud del trabajador, lo cual no ocurrió bajo estas condiciones, pues se itera que la estructuración de la invalidez fue más de un año después de finalizada la relación de trabajo con el promotor de la acción de conformidad con las calendas enunciadas.

De manera que es claro, que el actor no es sujeto de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, en tanto que no demostró tener una pérdida de capacidad laboral estructurada o una afectación relevante en su estado de salud

en vigencia de la relación de trabajo y las pruebas aportadas al proceso no enseñan que para el momento de expresar Manuelita S.A. su determinación de dar por terminado el contrato de trabajo, el señor Ramírez Bejarano conociera algún proceso de calificación. Máxime cuando se advierte que, para la extinción del vínculo el extrabajador se encontraba cumpliendo con sus funciones sin ningún tipo de restricción y para al momento de la realización del examen de egreso manifestó *“ultima cirugía fue de rodilla derecha hace tres años sin controles posteriores ni síntomas asociados durante este tiempo”* (fl.11;143 hecho 13 de la demanda fl.92)”; y tampoco se le habían otorgado derechos asistenciales y/o prestacionales relacionados con la pérdida de capacidad laboral en la que fundamenta el amparo, tal y como se desprende de las documentales de folio 145 a 147.

En atención a la doctrina actual de la H. Corte Suprema de Justicia, debe observarse que en sentencia SL1360/2018 en Casación Laboralse partió del presupuesto que las razones existentes que fundamenten en forma objetiva la terminación del contrato de trabajo resultan legítimas, pues lo que se evita en la norma son los actos de discriminación, no obstante, el trabajador puede infirmar tal postulado, a quien le bastará demostrar el estado de incapacidad y con ello trasladar la carga de la prueba al empleador demostrar la existencia de la justa causa, en concreto mencionó:

“(...) En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.

Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago

de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. (...)

Así las cosas, para esta Corporación:

a. La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.

b. A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario. (...) "

Los anteriores presupuestos, también imponen la confirmación de la providencia de primer grado en este aspecto, como se ha indicado sin que se demuestre incapacidad del actor conocida al momento del despido, tampoco alguna enfermedad grave, aquellas catalogadas como desastrosas o que pudiera plantear la discusión de si la acción del empleador se encontraba directamente relacionada al estado de salud del trabajador, conllevan en no poder dar por demostrado el ánimo o fin discriminatorio al informar sobre la terminación del vínculo, con la debida indemnización, tratándose de un contrato de trabajo a término indefinido entre los litigantes.

Era necesario que las partes y en particular quien pretende que se le reconozca un derecho, cumpla con el deber legal no solamente de mencionar los hechos constitutivos del mismo, sino también de desplegar todas las acciones con el propósito de probar aquellos supuestos fácticos que los respaldan, toda vez que su incuria, negligencia o pasividad probatoria conducen ineluctablemente al desconocimiento judicial de las pretensiones sin que, en tales eventos, sea función del operador jurídico suplir las falencias u omisiones probatorias en que incurre el obligado en atención a lo dispuesto por el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por analogía a los juicios del trabajo y de la seguridad social. –Artículo 145 del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social–.

Ahora, en relación con la aclaración que hace la apoderada judicial del promotor de la acción en el recurso de alzada sobre el salario informado en los hechos de la demanda y aquel que encontró probado el juez, recayendo la diferencia en el monto que por concepto de arrendamiento de motocicleta le era reconocido por Manuelita S.A. se tiene que ninguna de las pretensiones o los puntos materia de inconformidad está encaminado a dicho reconocimiento prestacional como factor salarial, así como tampoco hechos acerca de los efectos del mismo sobre las prestaciones causadas en vigencia de la relación laboral, pero si indicación en el hecho vigésimo segundo que tal concepto era utilizado para realizar la labor del actor (fl 93), lo que propiamente no permite catalogarlo como salario según artículo 128 del CST, de manera que no hay lugar a pronunciarse favorablemente

sobre su incidencia, al no ser dable incluir hechos o pretensiones diferentes en el trámite de la segunda instancia.

Al continuarse con el desarrollo del problema jurídico planteado, en cuanto al descanso que se alega no disfrutó el demandante en desarrollo de la relación de trabajo, precisa la Sala que tratándose del derecho que surge frente a la prestación del servicio en dominicales y festivos conforme al artículo 172 del Código Sustantivo del Trabajo, se observa que los desprendibles de pago allegados además de los conceptos a reconocer por el empleador en dicha mensualidad, no permitirían determinar durante qué semana no se disfrutó del descanso en cualquier otro día que se tome por compensatorio en caso de haber lugar a ello.

En ese sentido, se hace necesario precisar que si un trabajador presta sus servicios ocasionalmente un domingo o festivo de descanso obligatorio y escoge disfrutarlo posteriormente se entiende satisfecho su derecho al descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración correspondiente, toda vez que se encuentra incluida en el salario ordinario y si opta por no disfrutar del descanso, es decir, por no tener un día diferente de inactividad, sino por recibir el recargo del 75% por su labor durante el domingo o festivo, el cual es adicional a su salario ordinario, también se entiende otorgado su derecho al descanso compensatorio.

De allí, que al haberse reconocido desde la demanda que el empleador canceló la remuneración ordinaria más el equivalente al recargo por concepto de trabajo dominical y festivo, la discusión se centra exclusivamente en el descanso obligatorio al que tiene derecho el trabajador a efectos de equilibrar el descanso en la prestación del servicio y que entiende la Sala debió ser habitual es decir, presentarse en tres o más domingos al mes, para constituir un doble beneficio para el demandante, esto es, la remuneración con el recargo del 75% ya cancelada y la inactividad por un día sin descuento alguno sobre el salario ordinario -artículo 179 del CST-.

Al respecto, que como ya se indicó las pruebas de folios 77 a 90 no resultan el medio probatorio conducente para esclarecer si se disfrutó o no el descanso obligatorio, y en todo caso, tratándose del trabajo dominical o festivo habitual, existiendo el derecho al pago del recargo sobre el día laborado más el descanso remunerado con el salario ordinario, lo cierto es que comprobada la cancelación de la nómina en el mes correspondiente y del recargo por el trabajo dominical o festivo, no se logran identificar en el asunto de la referencia los días efectivamente laborados, por cuanto la inactividad como compensatorio ocurre durante la semana y en ese caso, el valor liquidado por salario básico en las documentales, comprende tanto el trabajo dentro jornada ordinaria como el descanso, de allí que la documental presentada en soporte de las premisas de los artículos 172 a 175, 179 a 181 y 183 del CST no resulte suficiente a la certeza exigida en la liquidación de la labor alegada.

Resueltos los puntos materia de conformidad con lo expuesto la sentencia del a quo será confirmada.

COSTAS

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, del 6 de septiembre de 2018, siendo demandante el señor WILSON RAMÍREZ BEJARANO con C.C. 6.292.752 y demandada MANUELITA S.A. con NIT 891300241, conforme lo antes expuesto.

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

Notificado por estado

El Magistrado y Magistradas


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

af2ffd66049f53064bdf7c7f8f35ea837107180074b640ff3ee5beed1c1b
9595

Documento generado en 13/11/2020 11:48:48 a.m.

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



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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-001-2016-00236-01

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: FACUNDO RIASCOS RUIZ Y OTROS
Demandado: MUNICIPIO DE BUENAVENTURA
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, proceden a desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 2 de febrero de 2018, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

ANTECEDENTES

Los señores FACUNDO RIASCOS RUIZ, ASUNCIÓN MOSQUERA MORENO, OMAR SEGURA MONTAÑO y MARIANA RIASCOS, por conducto de apoderado judicial interpusieron demanda ordinaria laboral de Primera instancia en contra del MUNICIPIO DE BUENAVENTURA, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

La demanda anterior tuvo como pretensiones singulares al caso: el reconocimiento y pago del reajuste de mesadas pensionales desde su reconocimiento primigenio hasta la fecha de su pronunciamiento sobre las nuevas mesadas establecidas según el derecho adquirido y el principio de favorabilidad aplicable con base en el artículo 14 de la Convención Colectiva de trabajo vigente para los años 1994 y 1995 y sucesivos, debidamente indexados; así como los intereses moratorios y costas del proceso.

Como supuestos fácticos presentó los descritos a folio 6 a 8 del expediente. En resumidas, expresaron que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Buenaventura y el ente demandado, para los años 1994 y 1995 a la fecha está vigente; Que los demandantes FACUNDO RIASCOS RUIZ, ASUNCIÓN MOSQUERA MORENO, OMAR

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

² No. 183 Control estadístico

SEGURA MONTAÑO son beneficiarios de una pensión de jubilación, y la señora MARIANA RIASCOS beneficiaria en sustitución de la pensión de jubilación que fuera reconocida al señor José Roberto Sánchez Mosquera, por cuenta de la entidad demandad; que FACUNDO RIASCOS RUIZ, ASUNCIÓN MOSQUERA MORENO el 8 de agosto de 2014, presentaron derecho de petición solicitando la reliquidación pensional, la cual fue resuelta negativamente mediante resolución No. 1066 de 12 de septiembre de 2014, y confirmada por la resolución No. 1436 de 23 de octubre de 2014, argumentándose que no era procedente; que los señores OMAR SEGURA MONTAÑO y MARIANA RIASCOS, el 20 de septiembre de 2016, presentaron derecho de petición solicitando la reliquidación pensional, la cual fue resuelta negativamente mediante resolución fechada 3 de octubre de 2016 y confirmada por la resolución No. 001 de 2 de noviembre de 2016, argumentándose que no era procedente.

Agregaron que las mesadas pensionales de los demandantes fueron incrementadas anualmente a partir de 1994, con los porcentajes establecidos en el art. 1 de la Ley 71 de 1988, y otras fueron actualizadas a partir de 1995 con base en IPC dispuesto en el art. 14 de la Ley 100/93, desconociendo el art. 14 de la convención colectiva vigente desde 1994 y 1995; que las mesadas que hoy reciben los demandantes están cobijadas por el artículo 14 de la Convención Colectiva de Trabajo multicitada; que el municipio demandado en ejercicio de su libertad contractual estipularon que los pensionados y jubilados del municipio son acreedores del incremento pensional anual según la convención; que el ente territorial mediante Decreto fija las escalas de asignación básica de los cargos de la administración, tanto para empleados públicos como para trabajadores oficiales; que la asignación mínima para los trabajadores oficiales activos para el año 2015, según Decreto No. 251 de 4 de junio de 2015, fue de \$1.394.171; que como consecuencia de la omisión reiterada del ente demandado, la mesada de jubilación y sustituciones pensionales han sido inferiores al salario mínimo convencional reconocido para los trabajadores activos del municipio en las escalas salariales básicas fijadas mediante decretos lo que les ha generado un desequilibrio económico; que el valor de las mesadas canceladas a los demandantes contraria el contenido de la convención colectiva que los ampara, así mismo el principio de favorabilidad y de los derechos adquiridos; que dado que el art. 14 de la convención colectiva de trabajo por el período 1994-1995, se hizo extensivo a los jubilados y pensionados del Municipio de Buenaventura, en razón de la libertad de contratación de las partes, por lo que considera totalmente válido lo allí estipulado y sus efectos vinculantes, sin que sea necesario acreditar la afiliación al sindicato, tampoco se requiere acreditar información acerca de fecha de ingreso a laborar, edad, tiempo de servicio, semanas cotizadas, ni salario de los allí beneficiados.

La demanda fue admitida por auto del 30 de enero de 2017, ordenando notificar al ente territorial demandado (fl. 105-106).

El Municipio de Buenaventura dio contestación a la demanda en debida forma de conformidad con el auto del 21 de marzo de 2017 (fl. 209), frente a los hechos admitió el 2, 4, 7 y 12, y negó los demás; se opuso a todas las pretensiones de la demanda, toda vez, que a los jubilados se les ha hecho todos los incrementos legales, en tanto no es procedente los reajustes reclamados; formuló excepciones de mérito como son: Cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones y prescripción (fls. 113- 121).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V.) mediante la Sentencia del 2 de febrero de 2018, concluyó:

"PRIMERO. - DECLARAR, probada la excepción de INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, por cuanto los demandantes no demostraron la calidad de trabajadores oficiales.

SEGUNDO: ABSOLVER al MUNICIPIO DE BUENAVENTURA, representada por el Alcalde Municipal señor ELIECER ARBOLEDA TORRES o por quien legalmente haga sus veces, de todos los cargos incoados en esta demanda por los aquí demandantes: FACUNDO RIASCOS RUIZ, ASUNCIÓN MOSQUERA MORENO, OMAR SEGURA MONTAÑO y MARIANA RIASCOS, como sustituta del causante pensionado señor JOSE ROBERTO SANCHEZ. (...) " (fls. 684-685)

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación de lo cual en síntesis sustentó que está demostrado que el fundamento legal de la presente demandada es la convención colectiva de trabajo concertada entre el Municipio de Buenaventura y los trabajadores del Municipio de Buenaventura aplicable para los años 1994 a 1995, vigente y que extiende los beneficios convencionales a los jubilados o pensionados con lo que se pretende la aplicación del contenido integral del artículo 14 en lo relativo a los reajustes de las mesadas pensionales, los cuales solo pueden resolverse ante un Juez laboral y no ante otra jurisdicción, bastando la sola acreditación de ser pensionado y no el carácter de empleado activo como empleado público o trabajador oficial.

De seguido, señala que el sentido del artículo 14 es claro, y no tiene distinción para los beneficiarios, considerando a los jubilados o pensionados como beneficiarios de la Convención Colectiva de Trabajo, siendo concordante con la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de noviembre de 1994 expediente 6962, frente a la extensión del Convenio Colectivo, que también los es para los pensionados sin exigirles otro requisito, dado la extensión pactada y conforme la negociación colectiva. Dijo que según el artículo 480 del CST es a la jurisdicción laboral a quien corresponde velar por el cumplimiento de la convención colectiva en su aplicación e interpretación y conforme artículos 475, 476 del CST sobre la titularidad de la acción reafirmada por la Corte Constitucional que es la Jurisdicción Laboral la encargada de las controversias sobre las cláusulas convencionales; que si bien el Despacho desconociendo las actuaciones del apoderado dispone que es la parte actora quien debe demostrar la calidad de trabajadores oficiales, para poder adquirir automáticamente la competencia y dirimir el conflicto convencional, hace saber que adelantó las diligencias ante la entidad territorial accionada quien omitió pronunciamiento frente a ello, aportando copia en el expediente.

Finalmente, dice que no se requiere aportar ninguna otra exigencia, pues es solo el Juez laboral el competente sobre la cláusula 14 Convencional como fue convenida, que no hay duda de que el conflicto trata del cumplimiento a una Convención Colectiva extensiva a terceros y que se aportó el soporte del reconocimiento al jubilado, sin requerirse más que la resolución mediante la cual se acredita la condición de pensionado por cuenta del ente territorial accionado, resultando

palmario que se trata de una controversia jurídica entre un beneficiario de una convención colectiva y un empleador obligado a un cumplimiento ajeno a cualquier otra consideración (min. 23:12 a 36:35).

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegado el proceso a esta instancia, fue admitido; y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, se procedió a correr traslado a las partes para presentar sus alegatos. Vencido el mismo, el apoderado de los demandantes se pronunció al respecto, bajo la tesis que no corresponde debatir el estatus de pensionado o jubilado, pues los demandantes ya gozan de uno u otro derecho, pues el artículo 14 Convencional establece quienes son los beneficiarios, en cualquiera de los dos anteriores condiciones, norma de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en diciembre de 1993 que se encuentra vigente, al tiempo que fue la demandada la que omitió responder al apoderado sobre la condición de trabajadores oficiales de sus representados, recalzó que las resoluciones que reconocen la pensión de jubilación a sus representados como trabajadores oficiales son legales.

Por el contrario la apoderada de la parte demandada expresó que el artículo 14 de la citada Convención, no se encuentra vigente, aunado que frente a este tipo de pensiones la Ley es la única que determina su reconocimiento, actualizadas conforme artículo 14 de la Ley 100 de 1993, lo que ha sido cumplido por su representada.

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

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolverse se relaciona con la procedencia del reajuste pensional solicitado por los señores FACUNDO RIASCOS RUIZ, ASUNCIÓN MOSQUERA MORENO, OMAR SEGURA MONTAÑO y MARIANA RIASCOS, con base en el artículo 14 de la Convención Colectiva de trabajo vigente para los años 1994 y 1995; partiendo la Sala, por determinar si los demandantes demostraron su calidad de trabajadores oficiales mientras fueron empleados por el Municipio de Buenaventura, y si es admisible aplicar los efectos de la convención colectiva referida en sus pretensiones, sin distinción de la calidad de empleado público o trabajador oficial, como lo refiere la parte apelante.

En principio es necesario mencionar que la demandada es un ente territorial de orden municipal, con lo cual de conformidad a las normas que gobiernan las relaciones entre el Estado y sus servidores, ellas son, los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y, en especial, el artículo 292 del decreto 1333 de 1986³, tiene como regla general que los servidores son empleados públicos, no obstante, el artículo mencionado señala que *“los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obra públicas son trabajadores oficiales”*.

³ Los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 clasifican a los servidores públicos en empleados públicos y trabajadores oficiales. El Decreto 1333 de 1986, artículo 292, establece que los servidores públicos del orden municipal son empleados públicos, con excepción de los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas que son trabajadores oficiales.

En armonía con las normas citadas, para que se tenga a una persona como trabajador (a) oficial por estar vinculada a la construcción y mantenimiento de obras públicas, se requiere que sus servicios se presten directa e inmediata o exclusivamente en la construcción o al mantenimiento de obras públicas para que pueda ser catalogada como tal. Así lo ha entendido la jurisprudencia cuando señala que para "establecer si un servidor público ha de ser considerado con la excepcional calidad de trabajador oficial y, por ende, vinculado mediante contrato de trabajo, debe aparecer fehacientemente acreditado si los servicios prestados se llevaron a cabo en actividades relativas a la construcción y sostenimiento de una obra pública, la cual debe analizarse en cada caso particular y concreto en que se discuta la incidencia del mismo (...)"⁴. (Subrayas de la Sala).

En este punto, cabe recordar que no es la forma de vinculación a la administración pública la que otorga el status de empleado público o trabajador oficial sino las funciones que se desarrollan al interior de la respectiva entidad; además como ha sido sostenido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4440 de 2017 M.P. Clara Cecilia Dueñas, el carácter de trabajador oficial vinculado a la construcción y sostenimiento de obras públicas, no solo se circunscribe al obrero de pica y pala, sino a todas las actividades materiales e intelectuales que tiene que ver con la ejecución de la obra, al respecto dijo:

"La Corte ha sostenido que dichas labores no solo se limitan a los trabajos de «pico y pala», pues existen otras actividades, materiales e intelectuales, que tienen que ver directa e inmediatamente con su ejecución o adecuado desarrollo. Por ejemplo, en algunos casos, ha esgrimido que servidores que realizaron actividades de ingeniero de obras de infraestructura (CSJ SL 3676, 17 dic. 2010), técnico de pavimentos (CSJ SL 36706, 7 sep. 2010), ingeniero analista de pavimentos (CSJ SL 37106, 10 ago. 2010), cocinera de campamento de obras (CSJ SL15079-2014), conductor de transporte liviano de pavimentos (CSJ SL9767-2016), topógrafo (CSJ SL13996-2016), mantenimiento estructural de rellenos sanitarios (CSJ SL2603-2017), son trabajadores oficiales."

Por tanto, es indispensable que en el proceso se determine la calidad de trabajador, siendo labor indiscutible del interesado en ello, de tal manera que logre demostrar que las labores desarrolladas se encuentren definidas a fin de emplear la referida condición de empleado público o de trabajador oficial.

Al respecto el órgano de cierre de la Sala Laboral, estableció a quien le corresponde probar la calidad excepcional de trabajador oficial; en sentencia SL 23495 de 2005, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez, dijo: "*De manera, entonces, que si se invocó en la demanda inicial, como fuente de las pretensiones del actor, su condición de trabajador oficial, debió haber demostrado que se encontraba dentro de la excepción a la regla general de clasificación de los servidores municipales, esto es, que se desempeñó en labores propias de la construcción y sostenimiento de obras públicas y, como lo dedujo el Tribunal sin mayor esfuerzo*"; debiendo por tanto la parte demandante, asumir la carga de la prueba que le corresponde frente a lo manifestado en sus hechos.

⁴CSJ Sala Casación Laboral sentencia de 4 de abril de 2001, Rad. 15143, M.P.

Y es que como en el presente asunto, se trata de establecer el derecho solicitado por los demandantes respecto de la reliquidación de su mesada pensional de jubilación, de acuerdo a lo expuesto en el artículo 14 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por el Municipio de Buenaventura y el sindicato de trabajadores del mismo, para los años 1994-1995, es determinante verificar la vigencia de la convención y la aplicación frente a los trabajadores oficiales y empleados públicos, para de tal manera observar la viabilidad de lo pretendido.

Así pues, se tiene que de acuerdo a los artículos 470 y 471 del CST, las convenciones colectivas son aplicables a los miembros del sindicatos que las haya celebrado, y a quienes se adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato; agregándose que si el sindicato es mayoritario se aplica la extensión de la convención a todos los contratos de trabajo vigentes; por su parte, la jurisprudencia del nuestro órgano de cierre en la especialidad laboral, ha manifestado que los efectos de las previsiones convencionales no se extienden más allá de la vigencia de los contratos de trabajo, excepcionalmente por acuerdo entre las partes es posible extender sus efectos a situaciones ulteriores y a terceros, sin que ello implique vulneración del ordenamiento jurídico. Así fue reiterado por la CSJ en sentencia SL8655-2015 de 1 julio de 2015, rad. 40211, en la que dijo:

«Conviene agregar que en principio es cierto que legalmente se descarta la extensión de las disposiciones convencionales a situaciones acaecidas después de terminados los contratos de trabajo en tanto así lo consagra el categórico imperativo legal del artículo 467 del C.S. del T., sin embargo, es posible que las partes, dentro de su autonomía, acuerden dicha extensión, sin que ello sea per se contrario al orden público o a normas superiores-, considera sin embargo, que en tales eventos la obligación debe quedar expresa y explícitamente estipulada, precisamente por ser una excepción al principio legal contenido en la norma que se acaba de señalar, que impone el deber de su consagración manifiesta, clara e inequívoca».

En ese entendido, tenemos que por acuerdo entre las partes es procedente extender los beneficios convencionales a trabajadores no sindicalizados pensionados, como en el presente caso, sin que implique que pueda hacerse también extensiva la convención a empleados públicos, pues de conformidad a los artículos 414, 416 y 467 del CST, como lo previsto en el artículo 55 de la Constitución Nacional los empleados públicos no son beneficiarios de las prerrogativas que surgen producto de la negociación colectiva y que quedan plasmadas en la convención colectiva de trabajo; a su vez, así lo señaló la corte en sentencia SL3259 de 2019, reiterando que únicamente los trabajadores particulares y los trabajadores oficiales pueden beneficiarse de los acuerdos convencionales.

Ahora bien, en el caso concreto, procede la sala a observar las pruebas allegadas al proceso; en efecto se evidencia copia de la Convención Colectiva de Trabajo de diciembre 13 de 1993, con nota de depósito visible a folio 48 que da cuenta que la convención colectiva presentada el 23 de diciembre de 1993 y donde se ratifica que tiene vigencia de dos años (fl. 31 a 48, 185-198).

De la nombrada convención se depende, que en su artículo segundo se estableció que *“La presente convención colectiva de trabajo regulará las relaciones obrero-patronales entre el Municipio de Buenaventura y sus trabajadores sindicalizados.”* Y en su artículo catorce consagró *“Salario Mínimo Para los Jubilados -El Municipio de*

Buenaventura reconocerá y pagará a partir del primero (1º) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), a los jubilados y pensionados del Municipio, el salario mínimo que tiene establecido para sus trabajadores activos.” (fl. 190).

De lo anterior, que sea evidente el hecho de haberse acordado que la Convención Colectiva aplicaría a los trabajadores oficiales sindicalizados y la extensión de los beneficios convencionales a los extrabajadores pensionados y jubilados, que tengan la categoría de sindicalizados. Del artículo 52, se estipuló que la vigencia, sería por dos años contados a partir del primero de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1995. Aunado a que, aunque fueron aportadas las Convenciones Colectivas, respecto de los periodos 1997-1998, 2000-2001, 2009-2010, 2013-2016 (fls. 122 y sig.), de éstas, no se puede predicar que el artículo 14 de la convención en Litis, se encontrara vigente o incorporado a las posteriores convenciones, restringiendo su vigencia al periodo estrictamente estipulado en la misma.

Ahora bien, se observan los actos administrativos mediante el cual la Alcaldía Municipal de Buenaventura vinculó laboralmente a los demandantes, así como los que reconoció prestación pensional, como consta de los expedientes administrativos que reposan en el proceso, y como se describe a continuación:

El señor FACUNDO RIASCOS RUIZ, laboró para el municipio demandado como Carpintero de la Sección Conservación Urbana de la Secretaría de Obras Públicas Municipales en propiedad, nombrado por Decreto 344 de 30 de septiembre de 1987; la Alcaldía Distrital de Buenaventura, reconoció pensión de jubilación mediante Resolución No. 358 de 2 de diciembre de 1992, en calidad de Carpintero adscrito a la Secretaría de Obras Públicas (fls. 431-459).

El señor JOSE ROBERTO SANCHEZ MOSQUERA, fungió como Celador de escuela en propiedad, nombrado por Decreto 0013 de 1964; a su vez, fue pensionado por vejez, mediante la Resolución No. 232 de 13 de julio de 1982, en calidad de Celador adscrito a la Secretaría de Obras Públicas Municipales del Municipio de Buenaventura; prestación que fue sustituida en favor de la señora MARIANA RIASCOS, conforme Resolución 098 de 10 de febrero de 1993 (fls. 284- 320).

El señor MANUEL ASUNCIÓN MOSQUERA MORENO, fungió como Obrero de la Secretaría de Obras Públicas Municipales en propiedad, nombrado por Decreto 0038 de 20 de febrero de 1981 y Decreto 060 de 16 de febrero de 1989; pensionado por invalidez, mediante la Resolución No. 050 de 14 de marzo de 1994, en calidad de obrero adscrito a la Secretaría de Obras Públicas Municipales (fls. 364-380).

El señor OMAR SEGURA MONTAÑO, laboró para la demandada entidad territorial en el cargo de Obrero de la Sección de Conservación Urbana adscrito a la Secretaría de Obras Públicas Municipales en propiedad, nombrado por Decreto No. 600 de 20 de octubre de 1988; y mediante Resolución No. 309 de 27 de septiembre de 1999, se reconoció pensión de invalidez, aduciendo haberse desempeñado en el cargo de obrero de la Sección de Conservación Urbana, adscrito a la Secretaría de Infraestructura Vial y del Transporte Terrestre, Marítimo y Fluvial de Buenaventura (fls. 491-556).

Teniendo en cuenta lo anterior, no se logra evidenciar viabilidad a las pretensiones de la demanda, porque no se podría dar aplicación retroactiva a la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 1993, respecto de los demandantes

FACUNDO RIASCOS y MARIANA RIASCOS (en sustitución de JOSÉ ROBERTO SÁNCHEZ MOSQUERA), que adquirieron el derecho pensional con anterioridad a la vigencia de dicha convención, al no haberse suscrito por el ente territorial demandado y el sindicato de trabajadores, para las calendas en que ocurrió el reconocimiento pensional; aunado a que de los cargos desempeñados por estos, resulta claro determinar que no se tratan de empleados oficiales.

De igual manera, ocurre respecto de los señores ASUNCIÓN MOSQUERA y OMAR SEGURA MONTAÑO, pues, aunque al primero se le reconoció la prestación en vigencia la convención citada, y al último, en vigencia de la Convención Colectiva para el año 1999, no se puede colegir que en efecto se trataran de trabajadores oficiales, dado que, aunque se trataran de cargos de obreros adscritos a la Secretaría de Obras Públicas de Buenaventura, no resultó demostrado que la labor desempeñada en efecto se configurara dentro de los estipulados como trabajadores oficiales, pues contrario a ello, se pudo observar de sus hojas de vida que reposan en el proceso, que se encontraban en carrera administrativa y eran calificados por sus superiores, por su carácter de empleados públicos (fls. 464 y sig.).

En consecuencia, para la Sala no se encuentra acreditado que los demandantes pensionados, hubieran ejercido labores de trabajadores oficiales, pese a haber pertenecido a la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Buenaventura, ostentaron cargos públicos, de los cuales no se constituyen como trabajadores oficiales, como en efecto lo expresó el a quo, por tanto, estaba a cargo de los interesados demandantes probar la condición de servidor público, como elemento principal para el desarrollo de las pretensiones del reajuste pensional con base en la Convención Colectiva de Trabajo, no existiendo lugar a trasladar la carga al ente territorial.

Tampoco, resulta relevante, la certificación que fuera solicitada por el apoderado de los demandantes al Municipio, respecto de la calidad de servidores públicos de cada uno, que pese a haberse decretado y practicado, nunca reposó en el proceso, de la cual se duele el apelante, no obstante, de las pruebas aportadas en general no se determinara que son trabajadores oficiales.

Por último, si en gracia de discusión, se aceptara la aplicación de la Convención, no resulta procedente acceder el derecho reclamado, porque el tiempo de vigencia de la Convención Colectiva suscrita en 1993, fue hasta el 31 de diciembre de 1995, como se estipuló en el artículo 52 y acreditado en la nota de depósito. Además, que no obra prueba de los demandantes y la causante, recibieran una mesada inferior al salario mínimo que en su momento tenía establecido para los trabajadores activos. Lo que, si se evidenció, es que el Municipio de Buenaventura, fija su escala salarial y prestacional de conformidad con las competencias asignadas por el legislador en la Ley 4 de 1992, que han cobrado vigencia con la expedición de los respectivos acuerdos municipales para su cumplimiento, aplicable a las mesadas pensionales de quienes ya disfrutaban de la subvención y que fueron aportadas al proceso (fls. 225 y sig.).

Así las cosas, se CONFIRMARÁ la sentencia ABSOLUTORIA apelada proferida el 2 de febrero de 2018, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V.).

COSTAS

Costas segunda instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de la demandada Municipio de Buenaventura; sin agencias en derecho dentro de la segunda instancia dada la condición de pensionados de los actores.

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

DECISIÓN

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

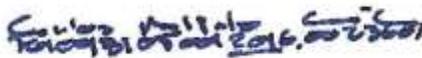
RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia ABSOLUTORIA apelada proferida el 2 de febrero de 2018, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, siendo demandantes los señores FACUNDO RIASCOS RUIZ identificado con C.C. No. 2.500.584, ASUNCIÓN MOSQUERA MORENO identificado con C.C. No. 6.163.032, OMAR SEGURA MONTAÑO identificado con C.C. No. 16.473.869 y MARIANA RIASCOS identificada con C.C. No. 31.373.884; de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. COSTAS en segunda instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de la demandada Municipio de Buenaventura; sin agencias en derecho dentro de la segunda instancia dada la condición de pensionados de los actores.

Notifíquese por Estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**1f1854b32fe10ead63b51278469301c5305c040628ca62f4dc99edb502939
6f2**

Documento generado en 13/11/2020 11:48:40 a.m.

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



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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-520-31-05-003-2016-00269-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JADER TROCHEZ
Demandado: SEGURIDAD NÁPOLES LTDA.
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 7/12/18 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira (V), que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor, JADER TROCHEZ, por conducto de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la SEGURIDAD NÁPOLES LTDA., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira (V).

Pretensiones encaminadas a obtener la declaratoria entre otras, del contrato de trabajado desde el 22 de junio; encontrándose vigente para la fecha de promover la acción, así como que la jornada de trabajo es excesiva al extenderse por 12 horas diarias, sin alcanzar a devengar lo que realmente debería percibir por concepto de salarios y prestaciones, causándose a su favor la indemnización por falta de pago.

Igualmente, que se declare que fue suspendido injustamente al violársele el debido proceso; que no puede trabajar en horas de la noche por recomendación médica y que se le deben los gastos operativos de trabajo. En consecuencia,

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

² No. 184 Control Estadística.

reclama la reliquidación de salarios, acreencias laborales y prestaciones sociales (fl.179-181).

Pretensiones que se fundamentan, en síntesis, en exponer que el señor Jader Trochez Caicedo, el 14/02/12 se vinculó con la empresa Seguridad Nápoles Ltda. mediante un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, desempeñando el servicio de vigilancia privada en una jornada diaria de 12 horas de lunes a domingo. Indicó que es enviado a los lugares donde la empleadora ofrece la seguridad manejándose el control de los turnos a través de formatos que se denominan libro de minutas.

Agregó que en el año 2015, se le diagnosticó Hipertensión Crónica, Diabetes Mellitus insulino dependiente, y varias complicaciones cervicales y musculares, impartíendosele como recomendación no trasnochar, sin embargo al comunicar a sus superiores se hizo caso omiso por parte de éstos.

Que para el mes de noviembre de 2015 fue suspendido de sus labores por el término de dos (2) meses por el hurto de unos elementos de trabajo de la Federación Nacional de Cafeteros, en la que para aquella época se encontraba prestada vigilancia y se presentaron irregularidades en el inventario al momento del cambio de turno. Informó que para el mes de abril de 2016 la empleadora refirió que se asoció con la empresa Servigpoder Ltda. y para iniciar una nueva vinculación con esta última, debían los trabajadores presentar carta de renuncia a lo que se negó al estar en desacuerdo con la propuesta realizada. Que en virtud de lo anterior se le obligó a cambiar de puesto de trabajo, debiéndose movilizar al corregimiento de Potrerillo en su vehículo de su propiedad. (fl.44-45).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira (V.) mediante la sentencia del 28/11/018, concluyó sobre las pretensiones formuladas por la parte actora (min 32:18 fl.641):

"PRIMERO: Declarar que entre el demandante señor JADER TROCHEZ CAICEDO como trabajador y la sociedad SEGURIDAD NÁPOLES LTDA como empleadora, se celebró y empezó a desarrollar un contrato de trabajo pactado a término fijo inferior a un año que se prorrogó y que para el 26 de julio de 2016 aún se encontraba vigente.

SEGUNDO: Absolver a la demandada de las restantes pretensiones de la parte actora, incluida la indemnización de que habla el artículo 65.

TERCERO: Abstenerse de condenar en costas a alguna de las partes."

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de la parte demandante (min. 34:05 y ss. fl.641) presentó y sustentó recurso de apelación refiriendo inconformidad en cuanto a la absolución de las condenas solicitadas por concepto de prestaciones sociales de

la demanda. Afirmó que quedó demostrado que si bien el actor tenía un contrato a término fijo que se prorrogó durante el tiempo afirmado en la demanda, así mismo que con el interrogatorio de parte absuelto por el demandante se probó que éste laboró de lunes a domingo en jornadas de 12 horas. Agregó que el representante legal de la demandada al absolver el cuestionario formulado por el apoderado judicial del accionante reconoció que los trabajadores si prestaban sus servicios en una jornada con tiempo adicional a la dispuesta en el Código Sustantivo del Trabajo, aunque no puntualizó sobre ello.

Indicó que el tiempo adicional se puede observar en las minutas arrimadas en tiempo oportuno resaltando que dichos documentos al no haberse contestado la demanda no se pudieron tachar de falsos y se deben de tener como válidos. Aclaró que, pese al no tenerse la posibilidad de acceder a la totalidad de turnos en proporción a la duración del contrato, los aportados muestran que el señor Trochez laboraba domingos y festivos, por lo tanto, se le adeudan horas extras, dominicales y festivos.

Finalmente, no comparte lo mencionado por el Juzgado al tomar como cierto el testimonio de la persona encargada de recursos humanos para la demandada; como prueba extra procesal, en cuanto a la inexistencia de información sobre los turnos que cumplió de lunes a domingo el actor.

TRÁMITE EN ESTA INSTANCIA.

Allegadas las actuaciones a esta Sala, se procedió a su admisión; así mismo, de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones; en el término únicamente la parte actora presentó alegatos manifestando su inconformidad con la actuación surtida en primera instancia en que el a quo no ordenó la inspección judicial y en su lugar requirió que documental sobre turnos o jornada laboral fuera presentada por la sociedad demandada, la que dado el conflicto de intereses expresó que gran parte ya no existía, considera que en tal aspecto se desconoció la sentencia SU-132 de 2002 de la Corte Constitucional, en especial al citar: *"pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso"*.

Por otra parte enunció que la demanda se tuvo por no contestada, no obstante el a quo practicó un testimonio solicitado por la demandada, a la par que no dio efecto a la confesión ficta sobre tal conducta procesal, carga probatoria que solo se desplegó contra el actor, sin evidenciar otro material o la existencia de los medios de prueba en cabeza de quien tenía acceso, lo que fundamenta la revocatoria de la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico conlleva al verificar si se encuentra acreditado el trabajo suplementario, así como el recargo dominical y festivo a efectos de estudiar la viabilidad de los emolumentos deprecados.

En lo pertinente alude el procurador judicial del impugnante al interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada y el señor Jader

Trochez, no obstante, lo anterior, debe recordarse que el objeto de la prueba es obtener la confesión sobre aspectos relacionados con la materia del proceso, de manera que las afirmaciones realizadas por el actor no tienen el efecto jurídico que se busca en la apelación para dar por demostrado el trabajo suplementario así como el trabajo en dominicales y festivos.

Ahora en lo que respecta a la manifestación del Representante Legal de la demandada al dar respuesta en la diligencia de practica de pruebas sobre los turnos y la jornada laboral del actor (min. 14:51 ss); por la naturaleza misma de los conceptos pretendidos la información debe ser concreta sobre el número de horas y el día calendario dentro de la anualidad reclamada. Lo cual no aconteció y reconoció el apelante al exponer que la expresión del señor Jesús Orlando López Castañeda no fue detallada (min.15:44). De allí que lo anterior no constituya prueba sobre los supuestos facticos que soportan las pretensiones de la demanda.

Por si lo anterior no fuera suficiente, el hecho de tener por no contestada la demanda, y el efecto jurídico procesal que ello conlleva se puede verificar en el contenido del auto proferido en primera instancia el 21/09/017 (fl. 344-345), del que se desprende que dicha conducta se toma con indicio grave en contra de la convocada a juico más no, como una confesión-. En consecuencia, las resultas del proceso no estaban condicionadas a dicha sanción contemplada en el artículo 31 del Código Procesal Laboral, así como tampoco la validez o la valoración que sobré los documentos aportados con la demanda se efectué, teniendo en cuenta que ellos son susceptibles de ser controvertidos y que deben de cumplir con suficiencia el objeto para el cual se presentan dentro de litigio.

Ahora, tampoco resulta de recibo para la Sala la afirmación que realiza el apoderado de la parte demandante respecto de los documentos aportados y la presunción que deriva de los mismos al argumentar que durante la vigencia de la relación de trabajo el actor cumplió con un horario de trabajo de 12 horas diarias incluidos domingos y festivos pese a no existir evidencia alguna al respecto, pues se itera que la prueba debe ser específica y montos adeudados cuantificables.

Complementa lo hasta aquí expuesto, el que si bien se tuvieron como ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión ante la inasistencia del representante legal de la demandada a la audiencia obligatoria de conciliación por parte del juzgado entre los que se encontraba el relacionado con una jornada de 12 horas diarias para cada guarda de vigilancia (min. 17:57 fl. 367), lo cierto es que esta no resulta suficiente para efectos de liquidar las sumas reclamadas por concepto de reliquidación.

En cuanto a las copias del libro de minutas arribados al proceso se observa que si bien, contienen el nombre o el apellido del demandante, de las mismas no se pueden establecer los días de la semana, ni horario en los extremos de vigencia de la relación de trabajo declarados en la sentencia de primer grado, de manera que tratándose de un reajuste lo solicitado, se pudiera hacer el comparativo entre los que se canceló y lo que se le adeuda por parte de la encartada.

Con el agravante que, en la diligencia de interrogatorio de parte, el señor, Jader Trochez, confesó que no siempre laboró la misma cantidad de horas diarias y los mismos turnos de día y de noche (min.34:39), lo que dificultaría el cálculo de una eventual condena. Máxime que confesó le fueron remuneradas las horas extras solo que no en la proporción o monto al que cree tener derecho, así como que hubo unos domingos que no los laboró. (min. 52:01). En lo pertinente la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3009-2017 M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, expuso:

“(...) «No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada» (...)”

Ahora, en cuanto al testimonio de la señora Yudi López Valencia (min. 5:36) recepcionado por el juzgado, el mismo no se tuvo en cuenta para decidir en primera instancia, haciéndose referencia exclusivamente a la solicitud de remisión de “libros de minutas que contienen los turnos y horas de trabajo diario realizados por el demandante” atendida por la Directora del Departamento de Recursos Humanos de la encartada. Lo anterior en virtud a que el juzgado en diligencia del 29/11/17 dejó sin efectos el decreto de pruebas en favor de la demandada como consecuencia de haber tenido por no contestado el escrito primigenio y en cumplimiento de la obligación legal de buscar la verdad real sobre lo material; de manera que este no representa un elemento material que fue considerado para fundamentar la sentencia apelada como se refiere en el recurso de alzada. (min.08:05 fl.641-642)

De otro lado, debe advertirse que la sola enunciación de la labor en trabajo suplementario, dominicales y festivos pero inespecífica a determinada jornada, duración y extensión, con mayor razón si el empleador ya está reconociendo el pago de esta labor, no permite conocer en concreto la existencia de algún monto que laborado fuera omitido en el pago del emolumento que corresponde a lo ya reconocido, de allí que no se cumplió con la carga probatoria que tenía la parte interesada, en el sentido de incorporar en el litigio y demostrar en qué estaban sustentados los pedimentos y consecuentemente la pretendida reliquidación de prestaciones sociales y acreencias laborales causadas en vigencia de la relación de trabajo en favor del actor, imponiéndose la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS

Resuelto los puntos materia de inconformidad, deberá indicarse que las costas dentro de la segunda instancia estarán a cargo del demandante, conforme el resultado del litigio, sin agencias en derecho en esta instancia dado que la sentencia en primera instancia no reflejo condena alguna para el trabajador, lo que en subsidio del recurso implicaba el análisis de procedencia sobre el grado

jurisdiccional de consulta; se mantiene el sentido de aquellas en primera instancia, de conformidad con el numeral 3º del artículo 365 del C.G.P.

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

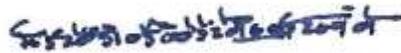
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira, del 7 de diciembre de 2018, siendo demandante el señor JADER TROCHEZ CAICEDO con C.C. 16.274.542 y demandada SEGURIDAD NÁPOLES LTDA con NIT 860523408-6, conforme lo antes expuesto.

SEGUNDO: Costas de la segunda instancia a cargo del demandante, sin agencias en derecho en esta instancia; se confirman el sentido de las de primera instancia.

Notifíquese por estado

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 004 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:

**c0d86faa803584411b9b6dbc418761478d08ffd2fe4f26900cd77b52826
6824e**

Documento generado en 13/11/2020 11:48:35 a.m.

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



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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76147310500120170001501

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandantes: HENRY ZAMORA
Demandado: CONSTRUCCIONES GAVARGO LTDA.
Asunto: CONSULTA (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar -el grado jurisdiccional de consulta- respecto de la Sentencia proferida el 3 de julio 2018 (3/07/2018) por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Cartago, que absolvió de todas las pretensiones a la sociedad demandada.

ANTECEDENTES

El señor HENRY ZAMORA presentó *demanda ordinaria laboral de primera instancia* en contra de la sociedad CONSTRUCCIONES GAVARGO LTDA. identificada con NIT 900246244-1, con pretensiones encaminadas a la declaratoria del contrato de trabajo alegado entre el actor y la sociedad demanda del 7/04/15 al 1/09/16, el que fue terminado en forma unilateral, requiriendo condenas por prestaciones sociales, intereses a las cesantías y su sanción, vacaciones, cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, perjuicios morales así como las costas y agencias en derecho.

Demanda que fue presentada el 18/01/17 (fl.20), admitida mediante auto del 6/02/17 (fl. 21), la que presentó como recuento fáctico en síntesis lo siguiente: Que el actor prestó el servicio personal en los extremos antes indicados como oficial de construcción para la demandada, en la remodelación de la Estación de Policía del Argelia, quien fue despedido e 1/09/16, bajo jornada semanal superior a 48 horas semanales, con asignación salarial correspondiente \$1.560.000, sin que se hubiese efectuado el pago de prestaciones sociales, intereses a las cesantías y vacaciones, quien además no fue afiliado al SGSS ni se le consignaron cesantías a un fondo

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

² No. 185 Control Estadística.

administrador, los que se siguen adeudando pese los múltiples requerimientos del trabajador.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1º Laboral del Circuito de Cartago, mediante sentencia del 3/07/18 absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, dada la ausencia de gestión del actor en dar constancia de los supuestos de la norma que este persigue, pues la documental no incidía en lo que se pretende probar de allí que sin prueba la juzgadora no tuvo elemento de confirmación de los hechos alegados en la demanda, relevándose la a quo del estudio de excepciones, por lo que procedió a absolver de todas las pretensiones formuladas. (min. 08:00 y sig.)

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que la sentencia en primera instancia resultó totalmente desfavorable al interés jurídico del actor, absolviendo de todas y cada de las pretensiones, se faculta la Sala en virtud del artículo 69 del CPTSS, para emitir sentencia que dirima el litigio.

TRÁMITE EN ESTA INSTANCIA.

Allegadas las actuaciones a esta Sala, se procedió a su admisión; así mismo, de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones; vencido el término, según constancia secretarial las partes no se manifestaron al respecto.

Ahora, procede la Sala a resolver, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se relaciona con los presupuestos sustanciales y probatorios acerca de la determinación del contrato de trabajo, en razón a los diferentes motivos indicados por la parte actora y pasiva en relación con su existencia.

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

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

modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”¹.

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

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

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

Punto en que la valoración probatoria giro en torno a la documental allegada por el actor, pues por cuenta de la demandada no se allegó ningún elemento probatorio dado que su representación estuvo a cargo de curador designado y en la cual no se puede observar algún elemento siquiera indiciario sobre la existencia del contrato de trabajo reclamado, pues estas tratan de solicitudes de conciliación ante el Ministerio de Trabajo a iniciativa del actor que no tienen vocación de prueba en lo pretendido como tampoco la tiene el informe del señor Personero Municipal de Argelia, pues se trata de una constancia sobre la comparecencia del actor indicando que no le ha sido recibido un oficio en el lugar de la construcción.

Por otra parte, pese la solicitud de testimonios, por las personas decretadas por la a quo, estas no se hicieron presentes y tampoco existió mención alguna posterior por parte del apoderado en justificar su inasistencia y la de los testigos e insistir en que se practicaran dado que en forma inmediata a la audiencia del artículo 77 del CPTSS del 14/06/18 se inició la práctica probatoria enmarcada por la audiencia del artículo 80 del CPTSS.

De allí que faltando el actor a la premisa inicial a su cargo como era demostrar la prestación personal del servicio en beneficio de una persona debidamente

determinada, acorde a los términos del litigio planteado y deber probatorio dispuesto en el artículo 177 del CPC y 167 del CGP, aplicable por remisión en virtud del artículo 145 del CPTSS, la condena que solicita no puede encontrar base probatoria alguna en rigor de la certeza que requiere la sentencia que declara la existencia de relaciones jurídicas fundada en los hechos constitutivos del contrato de trabajo, de allí que la sentencia del a-quo será confirmada, conforme lo expuesto.

COSTAS

Sin costas en segunda instancia bajo artículo 69 del CPTSS y obrar la demandada a través de curador ad-litem.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: -CONFIRMAR- la sentencia proferida del -3/07/18-, por el -Juzgado 1º Laboral del Circuito de Cartago-, siendo demandante el señor HENRY ZAMORA identificado con C.C. 6.353.227 y demandado la sociedad CONSTRUCCIONES GAVARGO LTDA. identificada con NIT 900246244-1, por lo expuesto en la parte motiva.

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

Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas


CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**d54ae947452110d9a17da67f29eedec561637ec18340feeca334a0e28e828
7ac**

Documento generado en 13/11/2020 11:48:56 a.m.

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



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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-003-2017-00077-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JHON GUSTAVO GÓMEZ GUZMÁN
Demandado: CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO Y OTRA
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, y las doctoras CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE Y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida el 6 de febrero de 2019 (6/2/19) por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, que no accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor JHON GUSTAVO GÓMEZ GUZMÁN por conducto de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de SOLUCIONES LABORALES Y SERVICIOS S.A.S –SOLARIS S.A.S- y solidariamente contra CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA. cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura.

Las pretensiones están encaminadas a la declaratoria de una relación única laboral de carácter indefinido entre el actor y la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA. del 06/09/14 al 06/09/16, en la que obró como intermediario SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. En concordancia con lo anterior, solicitó se condene a la reliquidación y pago de horas extras y recargo por trabajo dominical y festivo, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, así como de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en un fondo, indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, indemnización por despido sin justa causa e indexación de los valores

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

² No. 186 control Estadística.

adeudados. Subsidiariamente reclamó se declare la existencia de una relación única laboral con Soluciones Laborales y de Servicios S.A.S entre el 06/09/014 y 06/09/016. En consecuencia, se reliquiden las acreencias laborales y prestaciones sociales causadas en desarrollo de esta, con las indemnizaciones y sanciones que tiene origen en la omisión de pago de estas.

Pretensiones que se fundamentan, en síntesis, en exponer que el actor suscribió un contrato de trabajo por labor u obra contratada a partir del 06/09/14, con la empresa Soluciones Laborales y de Servicios S.A.S- SOLARIS S.A.S., cumpliendo funciones como auxiliar de servicios de información en las instalaciones de la Clínica Santa Sofía en horarios de 6:00 am a 2:00 pm; de 2:00 a 10:00 pm; 10:00 pm a 6:00 am de lunes a viernes lo cuales variaban cada dos días y de sábado a lunes festivos con turnos de 12 horas. Indicó que el salario ascendía a la suma de \$690.000, siendo SOLASERVIS, quien remuneraba el servicio prestado y expedía los certificados de pago mensual, sin embargo, los emolumentos causados a su favor no se los cancelaron en el valor que correspondía al no tenerse en cuenta todos los factores salariales en la liquidación de estos dentro de los desprendibles de pago anexos por trabajo suplementario, ni al momento de darse por terminada unilateralmente la relación de trabajo el 06/09/016. Agregó que la Clínica Santa Sofía tenía políticas de aseo y que para ausentarse del trabajo había que solicitarse permiso a los directivos de la entidad. (fl.4-6)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura en sentencia del 6 de febrero de 2019, concluyó sobre las pretensiones (min. 20:46), en el siguiente orden:

"PRIMERO: ABSOLVER a SOLUCIONES LABORALES Y SERVICIOS S.A.S "SOLASERVIS S.A.S" representada legalmente por ROQUE BAUTISTA BUSTOS o por quien haga sus veces y a la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACÍFICO LTDA., representada legalmente por DANIEL ADOLFO PARRA LIZCANO o por quien haga sus veces de las pretensiones invocadas por el señor JHON GUSTAVO GOMEZ GUZMÁN, de condiciones civiles conocidas en autos.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de JHON GUSTAVO GOMEZ GUZMÁN y a favor de SOLUCIONES LABORALES Y SERVICIOS S.A.S "SOLASERVIS S.A.S" y CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA. Tásense por secretaria en el momento procesal oportuno.

TERCERO: Se este fallo no fuere apelado se ordena el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor del demandante ante el H. Tribunal Superior de Guadalajara de Buga. SALA Laboral." (fl. 205-206)

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La apoderada de la parte demandante (min. 22:07 y sig.) presentó y sustentó recurso de apelación parcial argumentando que se encuentra probado en el proceso que se liquidaron mal las horas extras del demandante, indicando que para el mes

de agosto de 2016 se le cancelaron \$174.368 cuando en realidad le correspondía un valor de \$453.243 y para el mes de noviembre de 2015 recibió \$156.055 cuando debió cancelarse la suma de \$416.584, aclarando que no se ha querido decir que hubo omisión de pago, sino que se realizó de manera incompleta, teniendo en cuenta que dichas diferencias son de fácil comprobación.

Refirió que el valor por recargo nocturno, trabajo dominical o festivo; y horas extras que se reclama, conlleva a una reliquidación de las prestaciones y acreencias laborales en favor del actor, a la condena por indemnización del artículo 65 del CST, así como la sanción por no consignación de las cesantías en un fondo, completa y oportuna, dispuesta en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Alegó que se incumplió con lo dispuesto en el artículo 2 párrafo del artículo 13 del Decreto 024 de 1998, el cual prohíbe que cumplido el plazo de los 6 meses más la prórroga, si subsiste el cargo la usuaria no puede volver a contratar, resaltando que la señora Yuli Sujei Cortés, sobre el tema de la contratación, refirió que el cargo que desempeñó el accionante aún permanece, conforme testimonio de la señora Sujei Cortés, es de planta, de tal manera que en el caso del demandante fueron dos contratos con un intervalo de 25 días que permite ver la mala fe de la empleadora, así como que fueron 2 años en el mismo cargo con las mismas funciones, pues cambio solo el nombre, y continuó el señor Gómez con los mismos coordinadores y las mismas directrices, al no estar creado en la planta de personal el cargo desempeñado, en el mismo trabajo en más de un año configurando el contrato realidad. Iterando la solicitud sobre horas extras determinadas en un ejercicio de reliquidación que no se realizó en forma completa. Concluyó afirmando que la Clínica encartada está usando como intermediaria a SOLASERVIS S.A.S, siendo ello ilegal, de allí la reliquidación pretendida por el verdadero valor de las horas extras en el salario asignado por SOLASERVIS, la indemnización del artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegada las actuaciones, luego de admitida, se corrió traslado para alegatos, conforme al artículo 15 del Decreto 806 de 2020; vencido el mismo únicamente el apoderado de la sociedad SOLASERVIS presentó documento al efecto, en resumen expresó que los contratos con el actor fueron por obra o labor y correspondieron por servicio en misión para la usuaria Clínica Santa Sofía del Pacífico, por contratos autónomos, discontinuos y para diferentes cargos, que conforme artículo 77 de la Ley 50 de 1990 se presentó su terminación, de acuerdo al literal d) del artículo 61 del CST (por terminación de obra o labor contratada), lo que no permite que surja obligación por despido alguno, al tiempo que no puede sostener un daño moral en la terminación del contrato de trabajo, conforme pronunciamiento en Casación Laboral 8533 de 1996, este no se configura por el despido mismo, pero en todo caso resalta que el vínculo laboral no excedió el término de un año, conforme normativa citada; por lo cual insiste en las excepciones presentadas de inexistencia de la obligación por el tipo de contrato pactado, el pago de todo emolumento adeudado lo que enerva los supuestos del artículo 65 del CST, de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa para el actor, quien nunca manifestó inconformidad alguna sobre lo pactado y tampoco aportó prueba sobre la realidad de los hechos enunciados, lo que desdice de su buena fe, compensación y buena fe de su representada, aunado a la inexistencia de despido injusto.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico conlleva a resolver sobre la declaratoria del contrato de trabajo en atención a lo dispuesto en los artículos 22 a 24 del CST, así como procedencia de la reliquidación de horas extras, recargos nocturnos, recargo por trabajo dominical y festivo, así como de las prestaciones y acreencias laborales causadas en favor del actor en virtud de las diferencias a que hubiera lugar por dichos conceptos. En caso afirmativo estudiar la viabilidad de indemnizaciones y sanciones que tienen origen en las condenas a imponer dentro de la presente causa.

Por razón de método y en atención al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se abordará en primer orden la cuestión acerca de la existencia del contrato de trabajo.

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

Ahora bien, puede suceder que la labor determinada en beneficio de quien se alega empleador, fuera prestada a través de empresas de servicios temporales, punto en el cual no se debe partirse de la aseveración genérica del desconocimiento del contrato de trabajo, tan solo que como empleador obra la EST respectiva y como usuario la empresa beneficiaria que detenta una subordinación delegada, en donde la primera ya por operar irregular o indebidamente o por exceder las causales descritas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 deviene como un intermediario que oculta su condición y como verdadero empleador el contratante, es decir la empresa o persona beneficiaria del servicio o labor personal, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL17025-2016, señaló: *"Con mayor razón, cuando previamente se ha constatado una infracción de la ley, reflejada en que los servicios temporales contratados nunca se enmarcaron en las causales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, vale decir, no tenían por objeto reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia o en incapacidad por enfermedad, realizar actividades ocasionales, accidentales o transitorias, atender incrementos en la producción, transporte, ventas de productos o mercancías en los tiempos máximos de ley"*, Se itera en todo caso bajo preceptos claros de congruencia y consonancia lo que delimita la competencia del ad quem.

La anterior situación bajo la carga de la prueba dado que superado lo concerniente a la prestación del servicio y su determinación, al ser una subordinación delegada, es preciso evidenciar los supuestos de infracción a los límites de tal modalidad, en consecuencia, es necesario que las partes y en particular quien pretende que se le reconozca un derecho, cumpla con el deber legal no solamente de mencionar los hechos constitutivos del mismo, sino también de desplegar todas las acciones con

el propósito de probar aquellos supuestos fácticos que los respaldan, sin soporte probatorio las pretensiones no pueden ser declaradas por la jurisdicción, conforme preceptos del artículo 167 del CGP antes 177 del CPC (Artículo 145 CPTSS), al respecto la H. Corte Constitucional manifestó en sentencia C-086/16, lo siguiente:

"Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan"³.

Planteado lo anterior de la causa adelantada, debe observarse que la parte demandante describe la existencia de un contrato de trabajo con Solarservis S.A.S a partir del 06/09/2014 (fl.109-110), obrando como fecha de retiro del cargo de *Auxiliar de Servicios de Información* en liquidación definitiva aportada del 05/09/015 (fl.21), también allegó comprobantes de nómina sin firma⁴, así mismo que suscribió con posterioridad un segundo contrato el 01/10/15 para desempeñar el cargo de *Auxiliar Administrativo* (fl.129-130), el cual se extendió hasta el 06/06/016 según se extrae de la liquidación definitiva⁵, se observa que en el certificado de existencia y representación social de tal entidad, en su objeto enuncia que opera como empresa de servicios temporales (fl. 48-51), la que aportó copia contrato de prestación de servicios entre esta sociedad y la clínica demandada, bajo lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, con indicación de póliza de cumplimiento NB 1000027528 y vigencia hasta el 31 de diciembre, la que se renovara anualmente, suscrito el 15/03/13 (fl.74-77).

Debe apreciarse que limitadas las facultades extra petita del ad quem, los hechos de la demanda no otorgaron mayor información en que la duración de la contratación en cada uno cargos en los que fue nombrado el actor con su respectiva proroga esto fue en el de *Auxiliar de Servicios de Información* del 06/09/14 al 05/09015; y en el de *Auxiliar Administrativo* del 01/10/015 al 06/09/16 (hechos 1º, 2º y 11º fl 4 y 5), excediera lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 pese terminación del 5/09/15 del contrato de trabajo del 6/09/14 (fl. 127-128), situación en que la parte actora no incorporó alguna indicación de irregularidad de constitución y operación de la EST que permitiera valorar los medios representativos de hipotética aseveración, recordando que en el presente no es similar a la situación fáctica indicativa dispuesta en el artículo 24 del CST, pues no se trata de infirmar la subordinación como hecho presumido, pues se parte de su existencia y además delegada a la empresa usuaria, sino como se indicó en precedencia, según lo resuelto en Casación Laboral en sentencia SL17025-2016, en la demostración de la infracción a las condiciones legales que permiten tal tipo de contratación.

Aunque en el recurso de apelación se planteó la igualdad de funciones y directrices impartidas al promotor de la acción en el desempeño de los dos cargos en los que fue nombrado –*Auxiliar Administrativo* y *Auxiliar de Servicios de Información*–, así como la subsistencia del cargo a la terminación del contrato según declaración⁶ al no tener creación en la planta de personal de la beneficiaria, lo primero no quedó

³ Yuli Sujey Cortes Cortes.

⁴ (fl. 22 -28;30;111,115;131,133;137-142;144-145)

⁵ (fl. 147;134-136;143).

demostrado por cuanto obedeciendo precisamente a la solución de continuidad acreditada entre el primer contrato con su respectiva prorroga y la segunda vinculación con su prorroga, se efectuó el cambio de labores de acuerdo a la necesidad del servicio de la beneficiaria, así como el hecho que se volviera a vincular el señor Gómez bajo esta modalidad laboral en donde el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 al ser la EST la correspondiente empleadora, hace que la subordinación pueda ser ejercida por la empresa usuaria respecto de las personas enviadas en misión, sin que precisamente se trate de las mismas labores, o el mismo cargo con diferente denominación.

Por lo segundo debe advertirse que además de no especificarse sobre cuál de los dos cargos desempeñados por el actor al no tener creación en la planta de personal refirió la continuidad la impugnante, no se encuentran debidamente probadas las condiciones reales de operación o labor de manera que en lo que respecta a la necesidad del servicio y las funciones asignadas en distintos momentos al accionante, no fue algo que se incorporara en la situación fáctica planteada en la demanda, motivo que en línea de exposición, lleva a confirmar en este acápite lo resuelto en primera instancia, pues aun partiendo que lo declarado correspondiera a lo reseñado en la apelación, se llegaría a la misma conclusión del a quo, conforme las razones expuestas.

De otro lado, debe advertirse que la sola enunciación de la labor en trabajo suplementario, dominicales y festivos pero inespecífica a determinada jornada, duración y extensión, con mayor razón si el empleador ya está reconociendo el pago de esta labor, no permite conocer en concreto la existencia de algún monto que laborado fuera omitido en el pago del emolumento que corresponde a lo ya reconocido, de allí que no se cumplió con la carga probatoria que tenía la parte interesada, en el sentido de incorporar en el litigio y demostrar en qué estaban sustentadas las diferencias deprecadas y consecuentemente la pretendida reliquidación de prestaciones sociales y acreencias laborales causadas en vigencia de la relación de trabajo en favor del actor, por otra parte que no fuera por su causación sino por la liquidación, tampoco se precisó al litigio y al recurso de qué forma, si se tratase de la comprobación de una operación, surgió el error aritmético por la demandada que determinara tanto desde la demanda como en el recurso en qué forma las comprobantes de nómina trasmitían la certeza acerca de la contabilización de jornada laborada y del error enunciado, faltando demostrar la certeza supuesta en el recurso así como de las sanciones o indemnizaciones derivadas; imponiéndose la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS

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

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

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

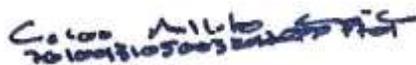
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, del 6 de febrero de 2019, siendo demandante el señor JHON GUSTAVO GÓMEZ GUZMÁN con C.C. 94.311.785 y demandadas SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S con NIT 900577600-0 y CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO con NIT 900228989-3, conforme lo antes expuesto.

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

Notificado por estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Salvamento parcial

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**d4d017c244ab5c2ed25103ac6806ff8be094c6b9badf53da42180ee9615a4
117**

Documento generado en 13/11/2020 11:48:45 a.m.

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

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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-109-31-05-001-2017-00194-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: FERNANDA NATHALIA VILLOTA
Demandado: HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA
Asunto: APELACIÓN (sentencia).

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, proceden a desatar el recurso de apelación en contra de la Sentencia proferida el 20 de febrero de 2019 -(20/02/19)-, por el -Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura-

ANTECEDENTES

La ciudadana FERNANDA NATHALIA VILLOTA por conducto de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra del HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA E.S.E, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 1º Laboral del Circuito de Buenaventura.

Pretensiones encaminadas al reconocimiento de la sanción por no consignación de las cesantías en un fondo dispuesta en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como

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

² No. 187 Control Estadística.

aquella causada por el no pago de los intereses sobre las cesantías dispuesta en la Ley 52 de 1975 en vigencia del vínculo contractual con la demandada. (fl.5-6)

Pretensiones que se fundamentan, en síntesis, en exponer que la actora prestó sus servicios como odontóloga al Hospital Luis Ablanque de la Plata E.S.E. de Buenaventura por el periodo comprendido entre el 15/10/10 y el mismo día y mes del 2011, a través de un contrato individual de trabajo.

Indicó que nunca fue afiliada a un fondo de auxilio de cesantías y tampoco se le consignó ningún valor, así como por el de intereses a las cesantías; formulando reclamación escrita a la E.S.E accionada el 4/5/015 que obtuvo respuesta favorable realizándose el pago en su cuenta personal el 29/9/15 de los montos adeudados. Sin embargo resalta que no se le canceló ninguna sanción o indemnización con origen en el no pago de las mismas, generándose una nueva solicitud el 3/2/16 que no fue acogida por la encartada al manifestar la negativa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1º Laboral del Circuito de Buenaventura en sentencia del 20/02/19, accedió a las pretensiones impetradas por la actora (min.27:22 fl. 101), en el siguiente orden:

“PRIMERO: ORDENAR al HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, que pague a la señora FERNANDA NATHALIA VILLOTA MONTENEGRO, quien se identifica con la cedula de ciudadanía número 52997698 expedida en Bogotá D.C., el valor de \$19.013.020., por concepto de sanción por el no pago del auxilio de cesantías conforme lo dispuesto el (sic) artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la suma de \$25.0986., por el no pago de intereses a las cesantías conforme lo dispone la Ley 52 de 1975, sumas que deben de ser indexadas al momento de su pago, por lo dicho en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DETERMINAR que la excepción propuesta de falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, no sale avante por las resultas del proceso.

TERCERO: ABSOLVER al HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora FERNANDA NATHALIA VILLOTA MONTENEGRO.

CUARTO: COSTAS a cargo del HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO y a favor del demandante FERNANDA NATHALIA VILLOTA MONTENEGRO en un 100% de las causadas, las cuales se tasarán por Secretaria en

el momento procesal oportuno, más las costas que fueron condenadas por haberse resuelto de manera desfavorable la excepción previa propuesta por la demandada, las que se tasaron en un salario mínimo mensual legal vigente.

QUINTO: CONSULTAR LA PRESENTE SENTENCIA, ante la Sala Laboral del Tribunal Superior DE BUGA, en caso de no ser apelada”

SEXTO: La presente providencia queda notificada en ESTRADOS al tenor de los dispuesto en el Literal b) del artículo 41 del C.P.T. y S.S. en concordancia con el artículo 80 ibidem.” (fl.101)

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La apoderada judicial de la parte demandante (min. 29:46 y ss. fl.102) presentó y sustentó recurso de apelación refiriendo que la liquidación efectuada por el juzgado no se ajusta a las pretensiones de la demanda, expresando que las cesantías dejadas de percibir y la sanción por no consignación no son concurrentes al ser conceptos diferentes.

Precisó que sobre las cesantías causadas en el año de 2010 que se debieron consignar máximo al 15 de febrero de 2011 en un fondo, corre la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo a partir del “16 de enero de 2011” y hasta el 29/09/015; fecha cuando la accionada consignó el valor de las cesantías adeudadas.

Que sobre las causadas entre el 01/01/11 y el 15/10/11 que se debieron consignar máximo el 15 de febrero de 2012 corre sanción moratoria entre el 16/2/012 del 29/9/015, concluyendo que ese término de morosidad que correa partir del día siguiente a la exigibilidad de la prestación es lo que se apela al reflejar el monto establecido por el Juzgado.

TRÁMITE EN ESTA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta Sala, se procedió a su admisión; así mismo, de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones; vencido el término, según constancia secretarial las partes no se manifestaron al respecto.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico conlleva a resolver sobre el monto que por concepto de sanción dispuesta en el artículo 99 de Ley 50 de 1990 y aquella de que tratan los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 52 de 1975 por el no pago de los intereses a las cesantías corresponde a la demandante; al verificarse dentro de la primera instancia la mora en el pago de las cesantías e intereses a las cesantías causados en vigencia de relación de trabajo suscrita entre los litigantes y no haberse propuesto por la encartada la excepción de prescripción, aclarando que la competencia de la Sala se fundamenta por los puntos materia de inconformidad, situación por la que no resulta posible modificar el horizonte del litigio manifestándose sobre puntos que no fueron materia de inconformidad ni sobre supuestos fácticos o pretensiones dejados de considerarse por el a quo, en atención que las empresas sociales del Estado, son entidades "descentralizadas con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa," conforme artículos 194 y 195 de la Ley 100 de 1993, las que tienen manejo presupuestal propio e ingreso de recursos contra reembolso por prestación de servicios, aunque facultadas para recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales, esto no implica la garantía de la Nación o integración al sector central nacional o territorial, de allí que incluso sin expresión de algún estado de liquidación que involucre eventualmente recursos de la Nación, esta Sala no se encuentra facultada para ampliar el conocimiento del presente asunto.

En forma liminar se destaca pese a no haber constituido materia de apelación que se tienen como presupuestos para el estudio a realizar que el salario de la señora Fernanda Nathalia Villota ascendía a la suma de \$2.366.766,00 y laboró en favor del Hospital Luis Ablanque la Plata E.S.E de Buenaventura entre el 15/10/2010 y el 15/10/2011, mediante contrato de trabajo, funciones que no fueron premisa de inconformidad por la demandada en relación a las condenas proferidas por el a quo, como tampoco cualquier cuestión en relación a la situación de afiliación de servidores públicos al Fondo Nacional del Ahorro.

Por razón de método y en atención al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, destaca la Sala que, el juzgado de primer grado para acceder a las pretensiones de la demanda tuvo en cuenta a la hora de cuantificar el monto de la condena por concepto de sanción por no consignación de las cesantías que las mismas debían depositarse en un fondo a más tardar el 14 de febrero de cada anualidad, sanción que estimó por los días transcurridos entre el 15 de febrero de 2011 al 15 de octubre de 2011 fecha de finiquito del contrato, en \$19.013.020- de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Adicionalmente estimó el a quo que la sanción por no pago de intereses a las cesantías era proporcional a la fracción del año 2010 al ser exigibles los precitados el 1/1/2011, y que aquel periodo laborado en el año 2011, mostraba la cuantía en la que se debían cancelar los

mismos a la terminación del contrato, razón por la cual, la sanción recaía sobre los causados al 31/12/10 y la mora hasta el 15 de octubre de 2011, de conformidad con la Ley 52 de 1975.

No obstante, el procurador judicial de la demandante refiere que la sanción ante la falta de consignación de las cesantías, y aquella prevista por no pago de los intereses anuales que recaen sobre las mismas, es causada por una mora que se extendió hasta el 29/9/15 como la fecha de pago por parte de la demandada de los conceptos que dan origen a las mismas. (fl.66-74)

Al respecto se tiene que de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1º del Decreto 1176 de 1991 reglamentario de la Ley 52 de 1975 y sus artículos 1º, 2º, 3º, en lo pertinente la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 06 mayo de 2010 bajo rad: 37766, M.P Dr. Gustavo Gnecco Mendoza indicó hasta que momento transcurría la indemnización por falta de consignación de las cesantías, esto es antes del 15 de febrero de la anualidad subsiguiente a su causación en un fondo:

"(...)Sumado a lo anterior, es conveniente aclarar que, tal como se advirtió al resolver el cargo, existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando finaliza el contrato de trabajo y no ha habido consignación oportuna de saldos de cesantía por uno o varios años anteriores, la indemnización moratoria ocasionada por ello, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, será pagadera solo hasta el momento en que se termina la relación laboral, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios, porque en caso de incumplimiento en este último evento la que opera es la moratoria contenida en el artículo 65 ya citado.

"Es importante advertir y reiterar que la sanción moratoria originada en la falta de consignación oportuna de la cesantía causada a 31 de diciembre, en los términos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada del artículo 65 del C.S.T., pues aquella rige mientras está vigente el contrato y está a partir de cuando fenecce. Es que no puede decirse que si por no pagar la totalidad de la cesantía, por la cual se impone una indemnización (art. 65 C.S.T.), pueda seguir corriendo aquella que viene

derivada de la falta de consignación de una parte de dicha cesantía. (art.99 Ley 50 de 1990). (...)”

El anterior pronunciamiento fue reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-15097-014 M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

“(...) tal como lo sostuvo esta Sala en sentencia CSJ SL, 27 mar. 2000, 14379, reiterada posteriormente en la CSJ SL, 6 may. 2010, rad. 37766, la sanción moratoria establecida en la L. 50/1990, art. 99, se causa hasta la fecha en que termina el contrato de trabajo en tanto a partir de esa data cesa la obligación de consignar la cesantía en un fondo, por cuanto lo procedente entonces es que el empleador efectúe el pago directamente al trabajador, junto con los demás salarios y prestaciones sociales a que haya lugar. (...)”

De allí, que después de verificados los cálculos aritméticos realizados en primer grado encuentre el Tribunal que lo ordenado por el quo al tomar la fecha de la terminación del contrato como el momento en que debe cesar la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que inicia desde el 15/2/11 y por no pago de los intereses a la cesantías de la Ley 52 de 1975 reglamentada por el Decreto 116 de 1976, no implican mayor suma a la que fue objeto de condena, por cuanto, pese a que no es este el caso, no concurren las aquí solicitadas con la que se genera por prestaciones y acreencias laborales adeudadas con posterioridad a la terminación del nexo contractual laboral, máxime que la orden de pago directa sobre saldos insolutos por estos conceptos la contiene el numeral 4º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 previamente en cita, tanto para las cesantías como para sus intereses, de manera que en caso de no cancelarse, la indemnización que opera con posterioridad a la extinción de la relación laboral y hasta el momento de verificarse el pago efectivo es la contenida en el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, modificado por el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, en su redacción original, para el caso de trabajadores oficiales, imponiéndose la confirmación de la sentencia impugnada.

COSTAS

Resuelto los puntos materia de inconformidad, deberá indicarse que las costas dentro de la segunda instancia estarán a cargo de la demandante, conforme el resultado del litigio, como agencias en derecho se fija el equivalente a un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente en favor del Hospital Luis Ablanque de la Plata de Buenaventura E.S.E; se mantiene el sentido de aquellas indicadas en primera instancia, de conformidad con el numeral 3º del artículo 365 del C.G.P.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Buenaventura, del 20 de febrero de 2019, siendo demandante la ciudadana FERNANDA NATHALIA VILLOTA con C.C. 52.997.698 y demandado el HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA E.S.E, conforme lo antes expuesto.

SEGUNDO: Costas de la segunda instancia a cargo de la demandante. Como agencias en derecho, fíjese el equivalente a un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente en favor del HOSPITAL LUIS ABLANQUE DE LA PLATA E.S.E; se confirman las de primera.

Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

6959f6424afc54307b0dc3155e20bf5a41ba5a7478b68e365e8a409731933
53a

Documento generado en 13/11/2020 11:48:53 a.m.

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



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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-834-31-05-001-2016-00625-02

Proceso: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
Demandante: MARÍA DEL SOCORRO PÉREZ ZAPATA
Demandado: BANCO AGRARIO DE COLOMBIA
Asunto: APELACIÓN (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, con la finalidad de desatar el grado jurisdiccional de la consulta respecto de la Sentencia proferida el 31/10/18 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga (V), que no accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA DEL SOCORRO PÉREZ ZAPATA, actuando a través de apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Palmira (V).

Pretensiones encaminadas a que se ordene el reintegro de la señora PÉREZ ZAPATA al cargo que venía desempeñando a uno de igual o superior categoría y/o jerarquía; que se declare sin solución de continuidad el contrato de trabajo, y como consecuencia de lo anterior, se disponga el pago de los salarios dejados de percibir con sus correspondientes aumentos legales y convencionales desde la fecha del despido, hasta el momento del fallo; así como de las prestaciones sociales dejadas de percibir y los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social Integral durante dicho periodo (fl.5).

Pretensiones que se fundamentan, en síntesis, en exponer que la señora MARÍA DEL SOCORRO PÉREZ ZAPATA y el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., suscribieron CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO CON PLAZO

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

² No. 188 control estadístico

PRESUNTIVO el día 16 de agosto del año 2012, pactándose como salario la suma de CUATRO MILLONES NOVENTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE. (\$4.095.000) mensuales.

Indicó que en el mencionado contrato se pactaron como funciones a realizar por la demandante las inherentes al cargo de DIRECTOR I en la Regional Occidente Tuluá (V)., y se estipuló específicamente en la cláusula cuarta que el término de duración de la relación de trabajo era el de término indefinido con plazo presuntivo de seis (6) meses, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 2127 de 1945.

Agregó que el pasado 01/01/2016, la señora María Del Socorro Pérez Zapata, fue trasladada a la sucursal del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A en la ciudad de Buga (V), donde desempeñó el mismo cargo y funciones establecidas en el contrato inicialmente pactado, sin embargo, el 09/08/16, la Vicepresidenta de Gestión Humana (E) del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., mediante escrito dirigido a la demandante le comunicó sobre la terminación del contrato de trabajo en razón del plazo presuntivo, estableciendo así para su terminación el 15/08/2016.

Afirmó que la demandante nació en el Municipio de Tuluá el 04/11/1961 y para la fecha del despido contaba con 54 años, 9 meses y 9 días de edad y 1.619 semanas cotizadas al fondo de pensiones PORVENIR, agregando que dichas condiciones, permiten establecer con precisión jurídica que cumple con los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha llamado el retén social y por pertenecer a dicha figura, no podía ser despedida, aun mediando como justa la expiración del plazo presuntivo, pues se encuentra en edad pre pensional, y de acuerdo con su edad, le faltaban menos de tres años para cumplir los requisitos para obtener el reconocimiento de la pensión.

Finalmente refirió, que, durante la duración del contrato de trabajo, la señora PÉREZ ZAPATA desempeño sus funciones a cabalidad y jamás tuvo requerimiento o llamado de atención alguno de sus superiores. A la fecha de terminación del contrato el cargo que venía desempeñando, subsiste, así como la materia de objeto de labor (fls.3-4).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Laboral del Circuito de Buga, (V.) en sentencia del 31 de octubre de 2018 (*min 42:08*), resolvió:

"(...) 1°. DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN propuesta por la parte demandada, bajo el rubro de INEXISTENCIA DE LOS DERECHOS RECLAMADOS, en razón a las motivaciones expuestas en la presente providencia.

2°. ABSOLVER al BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la presente demanda instaurada mediante apoderado judicial por la señora MARÍA DEL SOCORRO PÉREZ ZAPATA, identificada con la C.C. No. 31.199.155, en virtud a lo expuesto en el presente proveído.

3°. *COSTAS a cargo de la parte demandante, fijándose como AGENCIAS EN DERECHO medio S.M.M.L.V., liquídense por Secretaría, una vez en firma la presente sentencia.*

4°. *Si la presente decisión no fuere APELADA, remítase el expediente ante el Superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. NOTIFICADO EN ESTRADOS A LAS PARTES (...)" (fls.101 y vto).*

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de la parte demandante, manifestó que no está de acuerdo con la decisión del juzgado, al considerarse que la demandante no acreditó la condición de vulnerabilidad que exige la ley, argumentando que en el plenario obran pruebas indiciarias tal como lo establece la corte, que permiten inferir razonadamente la existencia de esa condición de vulnerabilidad que son tan claras como la edad de la demandante, y establecer con la seguridad jurídica del caso que una persona que tiene 55 o más años no se encuentra en las mismas condiciones de ejercer sus funciones, de acceder al mercado laboral. Máxime que, aunado a lo anterior, en sus alegaciones como excepción propuesta por el banco accionado, no se demostró que la aquí demandante tuviera otros ingresos que le permitieran subsistir, circunstancia pues que en esencia hace presumir esa vulneración; aunada a esa prueba indiciaria que considera este apoderado el despacho omitió valorar (min. 43:00 a 45:17).

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegado el proceso a esta instancia, fue admitido; y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, se procedió a correr traslado a las partes para presentar sus alegatos. Vencido el mismo dentro del término la parte demandante iteró su desacuerdo con las razones aducidas por la demandada para haber dado por terminado el vínculo laboral, pues si bien se citó apartes del Decreto 2127 de 1945, en la demanda se pretende demostrar la afectación de normas constitucionales que priman sobre el entender de los preceptos legales, en tal sentido los presupuestos del retén social, desde el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, institución ampliada por la Honorable Corte Constitucional entre otras en sentencias T-368/2016, en donde la condición de prepensionado no requiere que la persona que lo alega se encuentre en el hecho de la liquidación de la entidad estatal (Sent. T-357/16), figura de protección constitucional que solo permite el despido por una causa relevante, y que como derecho de la accionante se cumple conforme registro civil de nacimiento del 4/11/61, con casi 56 años al momento de la desvinculación y 1619 semanas de cotización, pero sin capital requerido para el efecto pensional. Reparando a la demandada en que el simple vencimiento del contrato a término fijo no es causal suficiente para dar por terminado el contrato (Sent. T-824/16), trabajadora a quien nunca se le hizo un llamado de atención y el cargo desempeñado persiste, lo que derruye la excepción sobre la terminación legal del contrato, sin que sea aplicable la tesis del Consejo de Estado que citó la contraparte ni la figura del preaviso, explicó que se demostró que tal terminación deviene en inconstitucional, al tiempo que la sentencia de primera instancia incluyó un requisito no previsto en la doctrina fijada por las altas Cortes, esto es cuando el a quo aludió al mínimo vital.

La parte demandada alegó de conclusión al ratificar la condición de trabajadora oficial que tuvo la actora, que por la naturaleza de tal empleador se deriva el contrato de trabajo a término indefinido con plazo presuntivo, suscrito el 16/8/12 y que si bien fue terminado el 15/8/16, su representada se amparó en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, que en materia laboral ha sido ratificado por la honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL775-2020, lo que implica una determinación legal en las relaciones laborales con el Estado, lo que no obsta para que en la contratación individual como colectiva se acuerde un precepto diferente. Adicionó su desacuerdo con que los hechos expuestos fueran sustento del retén social indicado, pues en su entender, no se demostró condición de madre cabeza de familia, afectación grave en salud o que por sus ingresos se afectara su núcleo familiar, aunado que al pertenecer al RAIS no se podrían considerar presupuestos semejantes por el número de cotizaciones o edad requerida por la actora con relación a la pensión de vejez

CONSIDERACIONES

El *problema jurídico* conlleva a resolver sobre la procedencia del reintegro de la señora MARÍA DEL SOCORRO PÉREZ ZAPATA, verificando si la nombrada, era sujeto de estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación de la relación de trabajo suscrita con el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., a efectos de estudiar como consecuencia la viabilidad de emolumentos deprecados.

No se encuentra en discusión en esta instancia que el Banco Agrario de Colombia S.A. es una Sociedad de Economía Mixta del orden nacional, sujeta al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, conforme certificación emitida por la Superintendencia Financiera el 20 de febrero de 2017. (fls. 39, 40)

Bajo tales circunstancias, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, la señora María del Socorro Pérez Zapata, fue vinculada por el Banco Agrario de Colombia S.A. como trabajadora oficial, a través de un contrato de trabajo a término fijo a partir del 23 de junio de 2000, sobre el que no existió controversia, así como la remuneración pactada por las partes. (fls.12,15;)

En la cláusula cuarta del contrato, las partes pactaron que el término de duración del vínculo laboral se celebraba por seis meses; siendo aplicable a partir de ese momento lo previsto en el inciso 2º del artículo 43 y el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, el cual señala que si extinguido el plazo inicialmente estipulado, la trabajadora continua prestando sus servicios a favor de su empleador, con su consentimiento expreso o tácito, el contrato se considera por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido por periodos de seis meses, es decir, aplicándosele el plazo presuntivo; situación que aconteció en el presente asunto a partir del 16/08/2012 cuando se suscribió el contrato de trabajo a término fijo entre los litigantes (fl. 12).

En lo relacionado, en sentencia SL17060-2017 la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral precisó:

"(...) Estima la Sala que el plazo presuntivo es un supuesto jurídico en el que se regla la vinculación con el Estado, en su dimensión de empleador, y a partir de la cual se infiere que las relaciones de trabajo tienen un período de vigencia de 6 meses; es decir por mandato de ley se contempla una presunción sobre el período contractual, ante la ausencia de estipulación sobre el término de duración, lo cual da cuenta de las particularidades de las contrataciones de trabajo públicas, justificadas ante el vacío, en el interés general.(...)"

Ahora en lo que respecta a la estabilidad laboral de los pre pensionados que constituye el fundamento del recurso de alzada, la Ley 790 de 2002 en su artículo 12 prevé: *"Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley. "*

Obran dentro del plenario: *(i)* reclamación administrativa (fl.68); *(ii)* contrato de trabajo a término fijo (fls. 12,15); *(iii)* terminación del contrato (fl.16); *(iv)* historia laboral expedida por Porvenir S.A (fls. 18,25); *(v)* liquidación de prestaciones sociales definitivas (fl. 60); *(vi)* Registro Civil de Nacimiento de la actora (fl.26).

No obstante, sin compartir en su integridad las alegaciones presentadas por la parte actora, se ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. De allí, que la mera condición de prepensionado, no sea suficiente para ordenar el reintegro de la señora María del Socorro Pérez, sino, que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales de la ciudadana, siendo la edad de la misma un indicador de la falta de probabilidades de reintegrarse al mercado laboral; el cual debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de la nombrada o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primero, en palabras de la guardiana de la Constitución (T-357/2016).

La Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL2717-18, en relación con el artículo 40 del Decreto 2127 de 1945 ha manifestado acerca de la vigencia de este en el sentido que:

"Por ello, la Corte debe reiterar que su doctrina en torno al punto abordado en los cargos, desde el punto de vista jurídico, se concreta en que: i) la figura del plazo presuntivo se encuentra plenamente vigente para los trabajadores oficiales; ii) por ello, cuando no se determine el plazo del contrato de trabajo o se diga que es indefinido, debe entenderse celebrado por periodos de seis meses; iii) y dicha figura puede ser excluida a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones laborales, pero requiere de cláusulas claras y expresas y no de enunciaciones genéricas como la de existencia de un término indefinido».

De allí era necesario que las partes y en particular quien pretende que se le reconozca un derecho, cumpla con el deber legal no solamente de mencionar los hechos constitutivos del mismo, sino también de desplegar todas las acciones con el propósito de probar aquellos supuestos fácticos que los respaldan, toda vez que su incuria, negligencia o pasividad probatoria conducen ineluctablemente al desconocimiento judicial de las pretensiones sin que, en tales eventos, sea función del operador jurídico suplir las falencias u omisiones probatorias en que incurre el obligado en atención a lo dispuesto por el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por analogía a los juicios del trabajo y de la seguridad social. -Artículo 145 del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-.

En ese orden de ideas, no se encuentra ningún elemento probatorio para dar por demostrado la existencia de cláusulas que permitan entender que la vigencia del contrato de trabajo entra las partes en razón de la naturaleza Jurídica del empleador fuera fruto de las condiciones expresas o indicadas en Convención o Pacto Colectivo que modificara el canon normativo antes enunciado, por otra parte aun en gracia de discusión dentro del expediente no se demostró por razón de la afectación de la actora y en sentido de interpretación amplia sobre el canon del derecho del trabajo para este tipo de trabajadores, de miembros con dependencia económica como integrantes el grupo familiar o la ausencia total de ingresos del grupo familiar, resaltándose en este punto que al no resultar automático el amparo pretendido, no habrá lugar a tomarse en cuenta lo indicios referidos en el recurso de alzada como suficientes para imprimir vocación de prosperidad a las pretensiones de la demanda. Ello, por cuanto se itera que la protección no es automática y se tiene previsto por el máximo órgano de cierre para esta jurisdicción la existencia de normas especiales que se interpretan adecuadamente a la negociación colectiva, esta por la que se puede variar el precepto acerca de la duración del contrato de trabajo con trabajador oficial.

COSTAS

Resuelto los puntos materia de inconformidad, deberá indicarse que obrara condena de costas en esta instancia a la parte actora, conforme el resultado del litigio, sin agencias en derecho pues en subsidio se habría conocido en virtud del artículo 69 del CPTSS; se mantiene el sentido de aquellas indicadas en primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga, del 31 de octubre de 2018, siendo demandante la señora MARÍA DEL SOCORRO PÉREZ ZAPATA con C.C. 31.199.155 y demandado BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., conforme lo antes expuesto.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte actora sin agencias en derecho, se confirman las de primera.

Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**612458137d5215fb51cbd9a3e35ea561e383624a12626799b2347c0089bf
dcd7**

Documento generado en 13/11/2020 11:48:55 a.m.

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



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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-520-31-05-002-2017-00416-01

Proceso: Ordinario Laboral de Única Instancia
Demandante: CARLOS ALFONSO BERNAL JARAMILLO
Demandado: COLPENSIONES
Asunto: CONSULTA (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, proceden a desatar el grado jurisdiccional de consulta contra la Sentencia proferida el 17 de junio de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura (V).

ANTECEDENTES

El señor CARLOS ALFONSO BERNAL JARAMILLO, por conducto de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral de Única instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (V).

La demanda anterior tuvo como pretensiones singulares al caso, las siguientes: El reconocimiento del incremento pensional del catorce por ciento por persona a cargo, retroactivo pensional e intereses moratorios, a partir del 12 de julio de 2010 (fl. 21).

Como recuento fáctico dijo que el 23 de agosto de 2013, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez, con base en el Acuerdo 049 de 1990; que convive en unión marital de hecho con la señora LUZ MIRIAN GRANOBLES VÁSQUEZ desde 1981, persona que tiene a su cargo, la cual depende económicamente de sus ingresos; que el 7 de diciembre de 2017, reclamó el incremento pensional del 14%, siendo negada por la demandada a través del oficio proferido en la misma fecha (fls. 20-21).

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

² No. 189 Control Estadístico.

COLPENSIONES, dio respuesta a la demanda oportunamente según auto del 17 de junio de 2019, proferido en audiencia pública; la demandada presentó excepciones de fondo, que denominó inexistencia de la obligación de reconocer el incremento pensional, buena fe y prescripción (min. 15:10 y ss. Disco compacto fl. 63).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (V.) mediante la Sentencia del 17 de junio de 2019, absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas por el actor (fl. 60-62).

CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia resultó desfavorable a la parte actora se procederá a resolver en Grado Jurisdiccional de Consulta, en cumplimiento de la sentencia C-424 de 2015.

Se resuelve Conforme artículo 61 del CPTSS, 280 y 281 del CGP según indicación por relevancia, con base en las siguientes:

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegado el proceso a esta instancia, fue admitido; y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, se procedió a correr traslado a las partes para presentar sus alegatos. Vencido el mismo dentro del término la demandada en síntesis, refirió:

"Teniendo en cuenta que para el reconocimiento de la prestación económica del señor CARLOS ALFONSO BERNAL es de saber que los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 de la ley 758 de 1990 acuerdo 049 de 1990 fueron derogados con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 la cual no los contempla.

Que para tal efecto es necesario hacer énfasis en lo establecido en la sentencia de unificación 140 de 2019 la cual confirma que están derogados los incrementos pensionales del 14% y 7 %, más aun cuando el demandante le fue reconocida pensión con posterior al 1 de abril de 1994."

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe resolverse se relaciona con la procedencia del incremento pensional del 14% por persona a cargo en favor del señor CARLOS ALFONSO BERNAL JARAMILLO, según soporte probatorio del régimen pensional, presupuestos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

PRESUPUESTOS NORMATIVOS.

Atendiendo la disposición derivada del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 del CNSS, la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 29531 de 2007, compilado bajo rad: 47277 de 2018 (Sala de Descongestión) que reiteró radicado 36345, expresó:

"(...) En cuanto a la procedencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, son viables para quienes les fue reconocida la pensión de vejez regulada en el artículo 12 ibidem, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, bien por derecho propio ora por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de ésta. (...)"

Si bien puede considerarse que los incrementos por persona a cargo no se encontrarían vigentes, es de considerar una distinción según la cual la tesis de su vigencia ha sido una interpretación pacífica de la doctrina probable, como antes e indicó y que en sentencia de la H. Corte Constitucional C-390/2014 se expresó la línea jurisprudencial que da relevancia a la interpretación del derecho por corporaciones diferentes a esta alta Corporación.

Al respecto de la Ley 100 de 1993 no podría afirmarse una integralidad del sistema, cuando su artículo 31 incorporó las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de los Seguros Sociales y el artículo 36 permitió la ultraactividad de regímenes normativos anteriores, que como en el caso del artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 han permitido fijar los tiempos de la exigibilidad pensional o como sus artículos 21 y 22 que en virtud del artículo 31 y 36 citados perduraron en el tiempo para pensiones propias de tal régimen amparado en la transición, razones por las cuales una derogatoria requiere ser expresa, por demás que tal normativa, reconoce los incrementos por cónyuge o compañera, hijos menores o inválidos a cargo, dentro de un sistema de reparto y no de ahorro individual, que al no ser configurada como pensión no podría ser susceptible de premisas contra la vigencia de estas últimas y que conservan la lógica de trato igualitario como una erogación mínimamente mayor por razón del núcleo familiar existente con ingresos únicos por el pensionado, aunado a la remisión del segundo inciso del párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005 a los beneficios pensionales existentes bajo el régimen de transición a las demás normas que lo desarrollen tal régimen.

Por lo anterior y ante la modificación del eje de argumentación jurídica según modificación de línea jurisprudencial por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-140/19 y el criterio reiteradamente sostenido por la Corte Suprema de Justicia - Sala De Casación Laboral bajo radicado 53465/17, SL9638/2014, SL1585/2015 y SL2645/2016, como se ha expuesto, implica que al contemplarse por esta Sala lo dispuesto por la jurisdicción ordinaria en cuanto a la interpretación legal y reglamentaria sobre vigencia de los incrementos por persona a cargo, también se consideren los efectos de la prescripción, en forma diferente a obligaciones periódicas, señalados por la esta Corporación, indicando que en sentencia C-836/01 la H. Corte Constitucional también ha exigido la presentación de sólidos argumentos justificativos para apartarse de las decisiones expuestas por la Corte Suprema de Justicia.

CASO CONCRETO

La calidad de pensionado se soporta en la Resolución GNR212468 de 23 de agosto de 2013 (fl. 6-9), que reconoció pensión de vejez al actor exigible (y no prescrita) desde el 12 de julio de 2010; además que en el escrito introductorio se indicó como persona económicamente a cargo del pensionado, su compañera permanente la señora LUZ MIRIAN GRANOBLES VÁSQUEZ, con quien adujo convivir desde hace más de 36 años (fl. 20).

Aunque obran testimonios de los señores: ARNOLDO LORZA MURIEL (min. 14:35 y ss disco compacto a folio 78), LUZ MIRIAM GRANOBLES (min. 11:00 y ss disco compacto a folio 78) y ARGEMIRO VÁSQUEZ DURAN (min. 11:00 y ss disco compacto a folio 79A); así como el interrogatorio de parte del señor CARLOS ALFONSO BERNAL JARAMILLO (min. 6:48 y sig. disco compacto a folio 78); con quienes se acreditó la respectiva convivencia como compañeros permanentes, durante más de 36 años, así como la dependencia económica por los ingresos de la actora sin ingreso propio por quien se prueban los pretendidos incrementos, (hecho 5º demanda); razón del dicho de los declarantes, es la relación de amistad con la pareja, durante más de 15 años.

No obstante los incrementos pretendidos se encuentran prescritos al haber superado el termino trienal del artículo 151 del CPTSS, ya que la pensión de vejez fue reconocida en Resolución 39863 de 2013 notificada el 5/4/13, (fl. 6-9); la convivencia con la señora LUZ MIRIAN GRANOBLES VÁSQUEZ en calidad de compañera permanente por espacio de más de 30 años; la reclamación respectiva data del 07/12/2017 (fl. 2-3) y la demanda fue interpuesta el 18/12/2017 (fl. 26 – acta de reparto), porque se superó el termino trienal para haber efectuado la reclamación administrativa, con lo cual se habría logrado inicialmente la interrupción del término prescriptivo y conforme lo expuesto se afectó por prescripción en los términos indicados por la H. CSJ SCL el surgimiento del derecho a su pago.

Así las cosas, habrá lugar a CONFIRMAR la sentencia CONSULTADA proferida el día 17 de junio de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (V.), conforme a lo anteriormente esbozado.

COSTAS

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

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

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

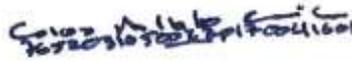
RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la Sentencia CONSULTADA proferida el día 17 de junio de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira (V.), siendo demandante el señor CARLOS ALFONSO BERNAL JARAMILLO identificado con C.C. No. 6.287.486, conforme a lo anteriormente esbozado.

SEGUNDO. Sin COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

Notifíquese por Estado

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Aclaración de voto



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

ACLARACIÓN DE VOTO

La contabilización de la prescripción de los incrementos dispuestos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 a partir del acto de reconocimiento pensional ha conllevado el problema jurídico que al aceptarse tal postulado en principio se genera una disonancia con los montos retroactivos por tal derecho que se contabilizan antes de la fecha del reconocimiento pensional cuando los supuestos de paternidad, convivencia y dependencia económica y exigibilidad de las mesadas pensionales son anteriores a tal resolución que instrumentaliza el pago de la pensión deprecada, pues no podría existir una contabilización del derecho antes de su exigibilidad, la que su vez es hito de la institución de prescripción en materia laboral conforme artículo 151 del CPTSS; por este motivo el suscrito ha sostenido en criterio que se abandona a partir de esta providencia, que la prescripción del incremento por persona a cargo se contabiliza desde su exigibilidad la que no depende del acto externo al derecho como es que el deudor se acompañe al pago, en lo particular a través de las resoluciones de reconocimiento.

No obstante de una nueva lectura del criterio esbozado por la honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que fija la contabilización de la prescripción a partir del acto del deudor del reconocimiento pensional, puede comprenderse que en esta se desarrolla una noción especial relacionada con la confianza legítima y garantista al pensionado como es comprender que los derechos derivados de tal estatus se salvaguardan no solo a partir de la causación debida del supuesto pensional y su exigibilidad, sino además a partir del momento en que el deudor manifiesta aceptar el cumplimiento de la obligación principal, necesaria y supuesto de otros derechos posibles, se itera derivados de la condición jurídica de pensionado, por ello que se permita que se contabilice el término prescriptivo a partir del reconocimiento del fondo administrador de la mesada pensional, pues se trata de una categoría diferente que subyace en tal interpretación jurisprudencial.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

0faf0b9e573264a8be2c3759dd9aa27c3d63fed34df504cf38dcc2c845f8996

C

Documento generado en 13/11/2020 11:48:39 a.m.

Proceso: Ordinario Laboral de Única Instancia
Demandante: CARLOS ALFONSO BERNAL
Demandado: COLPENSIONES
Asunto: CONSULTA (sentencia)

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



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

Guadalajara de Buga¹. Trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-834-31-05-002-2017-00527-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: VÍCTOR HUGO RESTREPO GARCÍA
Demandado: HOSPITAL SANTA CRUZ ESE
Asunto: APELACIÓN (sentencia).

AUTO

De conformidad con el poder allegado a través de medio electrónico, que confiere el representante del HOSPITAL SANTA CRUZ ESE, se reconoce personería adjetiva como apoderada de esta entidad al doctor CARLOS MARIO PIZO LÓPEZ, identificado con C.C. 1.116.726.315 y T. P. 339937 del C. S. de la J., en los términos de los artículos 75 y 77 del CGP.

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, proceden a desatar el recurso de apelación en contra de la Sentencia proferida el 16 de enero de 2019 -(16/01/19)-, por el -Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tuluá-.

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

² No. 190 Control estadístico por secretaria.

ANTECEDENTES

El señor VÍCTOR HUGO RESTREPO GARCÍA por conducto de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra del HOSPITAL SANTA CRUZ ESE, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado 2º Laboral del Circuito de Tuluá.

Pretensiones encaminadas a la declaratoria del contrato de trabajo a término indefinido vigente del 1/6/011 hasta el 31/10/15, fecha para la cual, se terminó unilateralmente el mismo por parte de la demandada, pese al estado de debilidad manifiesta y el amparo que alega recaía sobre el actor de conformidad con el principio de estabilidad laboral reforzada; requiriendo condenas por concepto de salarios, aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral, prestaciones sociales y acreencias laborales, sanciones e indemnizaciones con origen en la omisión de pago frente a las anteriores, así como en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro en favor del demandante a un cargo de igual o mejores condiciones al que venía desempeñando. (fl.6-7)

De manera subsidiaria reitera aquellas solicitudes provenientes de la ineficacia del despido y el fuero de salud alegado por el promotor de la acción para el momento de la terminación (fl.7) .

Pretensiones que se fundamentan, en síntesis, en exponer que el actor prestó sus servicios como auxiliar administrativo en el Hospital Santa Cruz ESE del Municipio de Trujillo, a través de: (i) un contrato de trabajo suscrito con la Cooperativa de Trabajo Asociado "Gran Colombia CTA", entre el 1/6/11 y 31/1/12 con un salario de mensual de \$830.231; (ii) contrato de trabajo a término fijo suscrito con la Cooperativa de Trabajo Asociado Multiactiva Emprendedores de la Salud "EMSALUDCOOP" del 1/2/12 a 31/3/12 devengando la suma de \$800.000 mensuales; (iii) prorroga de 2 meses entre 1/4/12 y 31/5/012; (iv) prorroga de 1 mes del 1/6/12 a 31/6/012; (v) prorroga de 2 meses entre el 01/07/012 y 31/8/012; (vi) contrato de prestación de servicios No. 91 con el Hospital Santa Cruz ESE vigente entre el 1/9/012 y el 31/9/012 con honorarios por \$ 850.000 mensuales; (vii) otro si del contrato de prestación de servicios que modificó la vigencia hasta el 31/10/12; (viii) contrato de prestación de servicios No. 144 con el Hospital Santa Cruz ESE vigente entre el 1/11/12 y el 31/12/12 con honorarios equivalentes a la suma mensual de \$850.000; (ix) contrato de trabajo a término fijo No. 19 con el Hospital Santa Cruz ESE desde el 2/1/13 al 31/3/13 con un salario mensual de \$650.000; (x) prorroga de 3 meses del 31/3/13 al 30/6/13; (xi) contrato a término fijo No. 112 con el Hospital Santa Cruz del 1/7/13 a 30/9/013 con un salario mensual de \$650.000; (xii) contrato a término fijo No.

Radicación No. 76-834-31-05-002-2017-00527-01
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: VÍCTOR HUGO RESTREPO GARCÍA
Demandado: HOSPITAL SANTA CRUZ ESE
Asunto: APELACIÓN (sentencia).

167 con el Hospital Santa Cruz ESE vigente entre el 01/10/013 y el 30/11/013 devengando un valor de \$650.000 mensuales; (xiii) prorroga de 1 mes del 30/11/013 al 31/12/13; (xiv) contrato de prestación de servicios No. 025 suscrito por 4 meses con el Hospital Santa Cruz ESE vigente entre el 1/3/14 y 30/6/14 percibiendo honorarios mensuales de \$900.000; (xv) contrato de prestación de servicios No. 044 con el Hospital Santa Cruz ESE del 01/07/014 al 30/09/014 con honorarios mensuales por \$900.000; (xvi) contrato de prestación de servicios No. 061 suscrito con el Hospital Santa Cruz ESE del 01/10/14 al 31/12/14 fijándose como honorarios la suma mensual de \$ 900.000; (xvii) contrato de prestación de servicios No. 021 con el Hospital Santa Cruz ESE del 01/01/015 a 31/01/015 con honorarios por \$ 900.000 mensuales; (xviii) contrato de prestación de servicios No. 040 con el Hospital Santa Cruz ESE entre el 01/02/015 y el 31/03/015 con honorarios profesionales por \$644.350 mensuales; (xix) contrato a término fijo No. 079 con el Hospital Santa Cruz ESE del 1/4/15 al 31/5/15 con un salario mensual de \$ 644.350; (xx) contrato a término fijo No. 079 con el Hospital Santa Cruz ESE., desde el 1/4/15 a 31/5/15 con un salario de \$ 644.350 mensuales; (xxi) contrato a término fijo No. 104 con el Hospital Santa Cruz ESE., vigente entre el 1/6/15 y el 31/10/15 pactándose un salario mensual de \$ 644.350.

Indicó que el 30/09/015 recibió un preaviso donde se le comunicó que no sería prorrogada la vinculación pese a que se encontraba reubicado. Resaltó que desarrolló la misma actividad, prestó sus servicios de manera personal, estuvo bajo la subordinación de los directivos de la entidad demandada, y percibió remuneración por la labor desempeñada.

Agregó que le fue diagnosticada: Cardiopatía Hipertrófica congénita asociada a disfunción diastólica grado III; insuficiencia mitral y tricúspide y dilatación auricular de predominio izquierdo, las cuales conllevaron a implantarle un cardiodesfibrilador, así como a someterse a constantes tratamientos. Informó que Colpensiones EL 07/10/014 calificó su Perdida de la Capacidad Laboral en un 36.75%, y determinó como fecha de estructuración el 22/09/014 y Servicio Occidental de Salud S.O.S emitió restricciones para el trabajador, desmejorándose sus condiciones laborales a partir de la fecha, al ser enviado a prestar sus servicios a veredas contiguas. Concluyó afirmando que ha estado incapacitado por varios periodos, que tiene un hijo menor de edad y una compañera a cargo, pero la entidad demandada se ha negado a reconocer los emolumentos adeudados y en sede constitucional se denegó el reintegro pretendido. (fl.2-6)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Radicación No. 76-834-31-05-002-2017-00527-01
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: VÍCTOR HUGO RESTREPO GARCÍA
Demandado: HOSPITAL SANTA CRUZ ESE
Asunto: APELACIÓN (sentencia).

El Juzgado 2º Laboral del Circuito de Tuluá en sentencia del 16/01/19, no accedió a las pretensiones impetradas por el actor (min. 41:11 fl. 211), en el siguiente orden:

"PRIMERO: ABSOLVER al HOSPITAL SANTA CRUZ EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO del municipio de Trujillo, Valle del Cauca, de todas y cada una de las pretensiones del demandante, Víctor Hugo Restrepo García, identificado con C.C. No. 1.116.323.651., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONDENAR al pago de las costas procesales al demandante, señor Víctor Hugo Restrepo García, como parte vencida y en favor de la parte demandada. Líquidense por secretaría, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$400.000.

TERCERO: Si esta sentencia no fuere apelada, CONSÚLTASE ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, Sala Laboral, por haber sido la decisión totalmente adversa a las pretensiones del demandante, de acuerdo a lo considerado en el presente proveído." (fl.210)

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de la parte demandante (min. 43:13 y ss.) presentó y sustentó recurso de apelación refiriendo que de acuerdo a la abundante jurisprudencia no es deber del actor demostrar la existencia del contrato de trabajo, pues se presume en virtud a lo dispuesto en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo; correspondiéndole a la demandada desvirtuar el mismo.

Refiere que en este caso se dio por no contestada la demanda, razón por la cual, la accionada no tuvo oportunidad de demostrar la inexistencia de la relación de trabajo. Adiciona que se dieron diferentes modos contractuales y precisamente los últimos tres suscritos entre las partes eran contratos de trabajo, es decir que, al momento de la finalización del vínculo laboral, existía un contrato de trabajo; quedando claro al mismo tiempo que para esa fecha dada la Pérdida de la Capacidad Laboral del demandante 36.75%, éste gozada de estabilidad laboral reforzada al tratarse de una limitación severa en los términos del Honorable Corte Suprema de Justicia.

Explica que el principio de la estabilidad laboral reforzada debe tener aplicación por las entidades públicas y privadas, deber de reubicación sin importar el tipo de vinculación entre las partes, incluso, independientemente de la calidad de

Radicación No. 76-834-31-05-002-2017-00527-01
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: VÍCTOR HUGO RESTREPO GARCÍA
Demandado: HOSPITAL SANTA CRUZ ESE
Asunto: APELACIÓN (sentencia).

trabajador oficial o empleado público debe dársele continuidad al contrato, pues resulta contrario a derecho que no se respeten los derechos al trabajador por el supuesto error en el modo de vinculación, los que van más allá de la forma de vinculación, pues se tenía derecho a la estabilidad laboral reforzada y por tanto el derecho a la prórroga del contrato.

Finalmente, aduce que la demanda fue admitida y no es el momento para referir la competencia del juez contencioso administrativo para conocer el presente asunto, precisando que después de ser inadmitida el juzgado realizó un estudio importante de la situación ante existencia de la vinculación laboral resolviendo darle trámite.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegado el proceso a esta instancia, fue admitido; y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, se procedió a correr traslado a las partes para presentar sus alegatos. Vencido el mismo, la parte demandante, en síntesis indicó su diferencia con lo mencionado por el a quo en cuanto ya se había dirimido la admisión de la demanda y su conocimiento por esta especialidad, insistiendo en que:

"Tal como puede observarse en los documentos allegados como pruebas, la vinculación de mi representado con la entidad demandada siempre estuvo regida por contratos de prestación de servicios y por contratos de trabajo, lo que necesariamente hace competente al juez del trabajo, más allá de que la administración debió hacerlo por medio de este tipo de contratación o por otra, pues además de que este asunto ya había sido dilucidado en el litigio que nos ocupa, no puede trasladarse al administrado los errores de la administración, toda vez que el trabajador se crea expectativas legales respecto a su vinculación basado en el principio de la confianza legítima, no puede ahora entonces verse sorprendido por un supuesto error de la entidad de salud demandada.

Con la decisión del fallador de primera instancia se vulnera doblemente el principio de la confianza legítima de mi poderdante, a saber: i) El juez se declara incompetente cuando el asunto ya había sido objeto de debate y el despacho había reconocido su competencia; ii) El juzgador manifiesta que el demandante debió haber sido vinculado mediante una vinculación legal y reglamentaria, trasladando un presunto error de la administración a mi patrocinado. Ambas manifestaciones conllevan a que el demandante, quien al momento de la terminación de la vinculación laboral se encontraba en estado de debilidad manifiesta, se quede sin la protección especial de estabilidad

laboral reforzada, la cual tiene su génesis en el artículo 53 superior y en la copiosa jurisprudencia que trata la materia, tal como la sentencia SU-049 de 2017, para mencionar sólo una.”

Al tiempo que se explica que el estado de debilidad manifiesta era notorio con un PCL del 36.75% lo despidió sin permiso de la autoridad competente, independiente del tipo de vinculación, y no depender esto del error de la administración, iterando que el cargo no existía y por esto lo contrató de la forma que las “circunstancias lo permitían”, entidad que a su vez no contestó la demanda; lo que lleva a concluir que la sentencia de primera instancia debe ser revocada.

El apoderado de la entidad demandada, refirió que las primeras contrataciones con el actor fue con cooperativas diferentes a su representada, lo que debe direccionar cualquier litigio hacia estas y no a su representada, por otra parte refiere que los contratos de prestación de servicio finalizan a la expiración de su vigencia vinculaciones en que no existió subordinación, que los últimos contratos lo fueron de índole laboral a término fijo, en donde se cumplió con el pago de todo emolumento laboral y por cotizaciones y se avisó oportunamente sobre la no prorroga, por otra parte enunció que:

“Frente al estado de debilidad manifiesta del actor para ser acogido por la estabilidad laboral reforzada, debe tenerse cuenta que dicha estabilidad ha sido demarcada por la jurisprudencia, que para el caso puntual para una presunta discapacidad, esta protección opera únicamente cuando por su situación de salud, se les impide sustancialmente el desempeño de las labores del trabajador en condiciones regulares; para el caso en concreto, la patología del actor es “miocardiopatía hipertrófica” la cual según la literatura médica no puede atribuirse a una causa evidente, pues la misma es hereditaria en un alto porcentaje de casos.

Respecto al particular, no se evidencia un estado de debilidad manifiesta puesto que el actor ya había sido calificado laboralmente por Colpensiones con un resultado de 36.75% de PCL sin invalidez, por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 22 de septiembre de 2014, además la causa de terminación del contrato no fue un despido, ni mucho menos con ocasión de su patología, puesto que, simplemente obedeció al vencimiento del contrato como se puede evidenciar en el acervo probatorio del presente proceso.

Como puede observarse la enfermedad del actor no fue originado por causa del trabajo, por lo que no cabe de ningún modo imponer responsabilidad a la E.S.E bajo una figura inexistente, más cuando no se probó en ningún momento que la terminación del vínculo contractual haya sido como consecuencia de la patología del actor.”

Antes de recapitular expresó que un reintegro solo sería válido como empleado público y así esta especialidad no tendría competencia al respecto.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico conlleva a resolver sobre la declaratoria del contrato de trabajo en atención a lo dispuesto en los artículos 22 a 24 del CST que involucra al Hospital Santa Cruz ESE en virtud de la calidad de trabajador oficial que alega el demandante como fundamento de las pretensiones del libelo genitor.

Planteada la controversia, conviene precisar ante la afirmación de la existencia de un contrato de trabajo realidad con la Empresa Social del Estado llamada a juicio por parte del señor Víctor Hugo Restrepo García, es competencia de la jurisdicción laboral determinar si las funciones que dice el nombrado prestó a favor de la entidad pública fueron las propias de un trabajador oficial.

Sobre el punto, la demanda da cuenta que el actor desempeñó el cargo de auxiliar administrativo a favor de la institución prestadora del servicio de salud; por lo que esta Corporación, se centrará en establecer en qué calidad el promotor de la acción desplegó sus labores y si las mismas se relacionan con la construcción y mantenimiento de obras públicas.

Al respecto fueron arrimadas como pruebas documentales que dan cuenta de las distintas vinculaciones a través de las cuales el accionante prestó sus servicios en favor de la llamada a juicio: *(i)* constancia de vinculación con la CTA "Gran Colombia" entre el 01/076/011 y el 31/01/012 (fl.16); *(ii)* contrato individual de trabajo a término fijo -dos meses- con la CTA "EMSALUDCOOP" y sus prorrogas entre el 01/02/012 y 31/08/012 (fl. 17-22); *(iii)* contrato de prestación de servicios No. 91 con Hospital Santa Cruz ESE y otro Si No.1 entre el 01/09/012 y el 31/10/012 (fl. 23-30); *(iv)* contrato de prestación de servicios No. 144 del 01/11/012 al 31/012/012 (fl.31-33); *(v)* contrato a término fijo No. 19 y otro Si entre el 02/01/013 y el 30/03/013 (fl.36-39); *(vi)* contrato a término fijo No. 112 del 01/07/013 al 30/09/013 (fl. 40-41); *(vii)* contrato a término fijo No. 167 y otro Si entre el 01/10/013 y el 31/12/013 (fl. 42-45); *(viii)* contrato de prestación de servicios No. 25 del 01/03/014 a 30/06/014 (fl.46-52); *(ix)* contrato de prestación de servicios No. 44 entre el 01/07/014 y 30/09/014 (fl.53-59); *(x)* contrato de prestación de servicios No. 61 del 01/10/014 al 31/012/014 (fl. 60-65); *(xi)* contrato a término fijo No. 40 entre el 01/02/015 y el 31/03/015 (fl.66-68); *(xii)* contrato a término fijo No. 79 del 01/04/015 al 31/05/015 (fl. 69-71); contrato a término fijo No. 104 desde el 01/06/016 al 31/10/015 (fl.72-74). ; *(xiii)* preavisos de terminación contractual (fl.72-78); *(xiv)* certificación expedida por el Hospital Santa Cruz ESE (fl. 148-151).

Radicación No. 76-834-31-05-002-2017-00527-01
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: VÍCTOR HUGO RESTREPO GARCÍA
Demandado: HOSPITAL SANTA CRUZ ESE
Asunto: APELACIÓN (sentencia).

De las relacionadas se desprende que el actor prestó sus servicios en favor de la hoy demandada bajo modalidades diferentes, contrato de prestación de servicios, contrato de trabajo e incluso a través de órganos cooperados en calidad de contratistas de la ESE accionada, en relación a funciones de auxiliar administrativo tal y como se desprende de los hechos de la demanda y el contenido de contratos enunciados, de donde además se advierte que pese a que el señor Restrepo García perteneció a varias áreas de servicio, tales como facturación, estadística, urgencias y agenda o citas médicas su cargo siempre se relacionó como auxiliar administrativo. Sin embargo sus funciones no se determinaron en todos los actos contractuales, pues en lo que respecta al momento en que fungió como trabajador de la cooperativa la certificación arrimada al proceso nada refiere sobre estas, los contratos de trabajo ninguno detalla en concreto las asignadas, limitándose a mencionar las obligaciones y los deberes de toda relación de trabajo y enunciación en algunos de oficios como auxiliar administrativo mientras que en los contratos de prestación de servicios las actividades o funciones eran afines al manejo de documentación en historia clínica, documental e información al usuario (fl. 16-17; 23; 31; 36; 40; 42; 47; 53-54; 60-61; 66; 69; 72)

En lo pertinente frente a los medios de prueba no se logra establecer concreta y materialmente las labores que correspondían al cargo del promotor de la acción como auxiliar administrativo o las labores desempeñadas en favor del Hospital Santa Cruz ESE. de Trujillo. La anterior situación, bajo la carga de la prueba dado que si se superara lo concerniente a la prestación del servicio y su determinación, es necesario que las partes y en particular quien pretende que se le reconozca un derecho, cumpla con el deber legal no solamente de mencionar los hechos constitutivos del mismo, sino también de desplegar todas las acciones con el propósito de probar aquellos supuestos fácticos que los respaldan, sin soporte probatorio las pretensiones no pueden ser declaradas por la jurisdicción, conforme preceptos del artículo 167 del CGP antes 177 del CPC (Artículo 145 CPTSS), al respecto la H. Corte Constitucional manifestó en sentencia C-086/16, lo siguiente:

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

Relacionado con lo anterior, que según el numeral 5° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, las personas vinculadas a este tipo de empresas tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo

IV de la Ley 10 de 1990. Sobre este particular, esto es, la calidad de los servidores de una Empresa Social del Estado, la Corte Constitucional en Sentencia T-485 del 22 de junio de 2006, con Ponencia del Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA enseñó:

"En el ámbito legal, la Ley 100 de 1993 consagra en el artículo 194 que las empresas sociales del Estado tienen una categoría especial, y están sometidas a un régimen especial, de conformidad con lo que establece el artículo 195 de la Ley 100 de 1993. Ese régimen especial se encuentra en la Ley 10 de 1990, "por la cual se reorganiza el sistema nacional de salud y se dictan otras disposiciones", el cual establece en su Capítulo IV el estatuto de personal que aplican estas instituciones. En consecuencia, las personas vinculadas a una empresa social del Estado tendrán el carácter de empleados públicos o de trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

El artículo 26 de la Ley 10 de 1990, también dispone que "en la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera". El párrafo de la misma disposición agrega que "son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales en las mismas instituciones".

(...)

No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían (i) actividades de mantenimiento de la planta física, "aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían (ii) servicios generales, "aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria." (...) "Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual". Dentro tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería".

Bajo los parámetros anteriores, en la demanda ni en la contestación se especifican las funciones detalladas del demandante, de la lectura de la documentales allegadas se puede concluir que el cargo de auxiliar administrativo es un cargo

que no está comprendido dentro de las actividades de mantenimiento de la planta física ni de servicios generales, por demás que si en extenso y en descenso del rigor probatorio se interpretara que la actividad del actor concernía a manejo de archivo, la única citación general corresponde al apoyo en manejo de historia clínica, es decir asistencial al servicio de salud, lo que quiere decir que el actor no logró acreditar la calidad de trabajador oficial al servicio de la ESE Hospital Santa Cruz del Municipio de Trujillo Valle, lo anterior conforme lo señalado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL1334-2018, citando sentencia SL18413-2017, expresó:

"Los anteriores definiciones coinciden exactamente con las pautas fijadas por el Ministerio de Salud, mediante Circular n.º 12 del 6 de febrero de 1991, para la aplicación del parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre la clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector de la Salud.

Mantenimiento de la planta física hospitalaria.

Son aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, que no impliquen dirección y confianza del personal que labore en dichas obras, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Servicios generales.

Son aquellas actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, entre otras."

De allí que, en aplicación del principio general de la primacía de la realidad sobre las formas, y sobre la declaratoria de la existencia del contrato en una relación de servicios personales que se desarrolló con la administración pública se imponga la necesidad de verificar los presupuestos bajo los que puede entenderse que el demandante cumplió o ejecutó labores servicios generales, de mantenimiento, mejoramiento o construcción de obra pública, lo cual independiente de las modalidades contractuales suscritas entre las partes, no ocurrió en el caso presentado.

Por lo anterior, que no resulte suficiente el argumento de alzada sobre las presunción de la prestación personal del servicio en favor de la entidad accionada,

Radicación No. 76-834-31-05-002-2017-00527-01
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: VÍCTOR HUGO RESTREPO GARCÍA
Demandado: HOSPITAL SANTA CRUZ ESE
Asunto: APELACIÓN (sentencia).

quedando relevada la Sala de realizar cualquier análisis de vocación de prosperidad respecto de la ineficacia del despido y las consecuencias del mismo con fundamento en la eventual estabilidad laboral reforzada por fuero de salud que alude el impugnante, por cuanto dichos pedimentos, así como el presupuesto del recurso según el cual se ha debido inferir el contrato de trabajo por la prestación de servicio demostrada, se derivan de la demostración que la actividad del actor correspondiera por aquella subordinación diferente a la legal y reglamentaria, esto es que su actividad se enmarcara dentro de aquella que pueda dar curso al contrato de trabajo en entidades de salud públicas, pues lo pretendido no tiene sustento en las modalidades contractuales suscritas entre los litigantes como se viene exponiendo, sino, en que la calidad de trabajador oficial no fue demostrada dentro del presente proceso. Ello para significar que dicho análisis constituye una decisión de fondo que implica desestimar las pretensiones en palabras del máximo órgano de cierre para esta jurisdicción.

Respalda lo dicho en precedencia lo señalado por la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL9315 de 2016 reiterada por la SL2603 de 2017 MP. Doctor Fernando Castillo Cadena:

"(...) En efecto, la jurisprudencia tiene dicho que, para que el juez laboral asuma la competencia en un juicio contra una entidad de derecho público, al actor le basta afirmar la existencia del contrato de trabajo porque, de controvertirse esa afirmación, al juez le corresponde en la sentencia de fondo declarar su existió o no, y sólo en caso positivo puede reconocer los derechos que emanen de eses contrato.

Y ha precisado la jurisprudencia esa particular manera de desarrollarse la relación procesal que vincula a los servidores de la administración pública con ella misma, para poner de presente que la decisión que declare la existencia del contrato, como la que lo niega, es de fondo, con lo cual ha rechazado como como previas las excepciones de falta de jurisdicción o competencia. Desde luego tampoco ha admitido que esas excepciones operen al finalizar la instancia, ya que ni la jurisdicción ni la competencia dependen de resultado del juicio.

La sentencia que absuelve a la administración por no haberse demostrado que el demandante le prestó un servicio personal como trabajador oficial es, resultado de lo dicho, una decisión de fondo que implica desestimar las pretensiones de la demanda. (...)

La sentencia reseñada sirve para precisar que en estos eventos la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral viene dada desde que el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación

Radicación No. 76-834-31-05-002-2017-00527-01
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: VÍCTOR HUGO RESTREPO GARCÍA
Demandado: HOSPITAL SANTA CRUZ ESE
Asunto: APELACIÓN (sentencia).

laboral regida por un contrato de trabajo (ficto-presunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública, bien sea con miras a obtener el reconocimiento de beneficios y derechos legales o extralegales exclusivos de los trabajadores oficiales o discutir sobre los ya existentes, pretensiones que obviamente invitan al juez a razonar sobre la categoría laboral del funcionario como requisito sustantivo previo a resolver cualquier punto relacionado con el contrato de trabajo.”

La cita en precedencia enseña por qué no son de recibo los argumentos del impugnante en el recurso de alzada sobre los efectos del estudio previo de admisión de la demanda y el criterio adoptado por el juzgado al respecto, incluso al reconsiderar la determinación inicial de inadmisión. Dado que aquella etapa procesal no es el momento en que la jurisdicción ordinaria da por demostrado la naturaleza de la vinculación contractual entre las partes, así como tampoco la forma en la que se desarrolló la relación que vincula al servidor con la administración y los presupuestos de las pretensiones del libelo genitor, máxime que tampoco lo trae como consecuencia procesal implícita el haber tenido por no contestada la demanda por parte de la entidad pública, y que como quedó explicitado, dicho pronunciamiento es de fondo y en este caso, lo contiene la sentencia de primer grado objeto de alzada, que reclama su confirmación de conformidad con lo hasta aquí expuesto.

COSTAS

Resuelto los puntos materia de inconformidad, deberá indicarse que las costas dentro de la segunda instancia estarán a cargo del demandante, conforme el resultado del litigio; sin agencias en derecho en segunda instancia en cuanto en subsidio del recurso se habría conocido en grado jurisdiccional de consulta; se mantiene el sentido de aquellas indicadas en primera instancia, de conformidad con el numeral 3º del artículo 365 del CGP.

Finalmente debe advertirse que al proferirse esta sentencia a través de los medios dispuestos en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, por escrito, y que el Código General del Proceso regula la notificación de este tipo de providencias por anotación en estado, sin norma a la que actualmente remita el artículo 41 del CPTSS, pero desarrollando idéntica función de publicidad y duración de la publicación, la denominación por edicto, al acto de comunicación con efectos jurídicos que no tendría otro término que el mínimo posible y sin norma a la cual remitir para darle significado, se dispondrá en similar función, conforme lo expuesto, la notificación por estado de la presente providencia.

Radicación No. 76-834-31-05-002-2017-00527-01
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: VÍCTOR HUGO RESTREPO GARCÍA
Demandado: HOSPITAL SANTA CRUZ ESE
Asunto: APELACIÓN (sentencia).

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

RESUELVE

PRIMERO: -CONFIRMAR- la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Tuluá, de 16 de enero de 2019, siendo demandante el señor VÍCTOR HUGO RESTREPO GARCÍA con C.C. 1.116.232.651 y demandado HOSPITAL SANTA CRUZ ESE, de Trujillo (Valle), conforme lo antes expuesto.

SEGUNDO: Costas de la segunda instancia a cargo del demandante; sin agencias en derecho en segunda instancia, se confirman las de primera.

Notifíquese por estado

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR



CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

Firmado Por:

Radicación No. 76-834-31-05-002-2017-00527-01

Proceso: ORDINARIO LABORAL

Demandante: VÍCTOR HUGO RESTREPO GARCÍA

Demandado: HOSPITAL SANTA CRUZ ESE

Asunto: APELACIÓN (sentencia).

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

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

Código de verificación:

084dd16b4680f4f6fe05168239519450855f7f9852b600a0fed33db0c862
8374

Documento generado en 13/11/2020 11:48:51 a.m.

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



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

Guadalajara de Buga¹. 16 de noviembre de dos mil veinte (2020)

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR. M.P.

Radicación No. 76-834-31-005-001-2018-00489-01

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: JAIME SÁNCHEZ
Demandado: COLPENSIONES
Asunto: Apelación (sentencia)

SENTENCIA²

El magistrado ponente, CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR, en asocio de los demás integrantes de la Sala Primera de Decisión, doctoras, CONSUELO PIEDRAHITA ÁLZATE y GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS, proceden a desatar el recurso de apelación respecto de la Sentencia proferida 19 de noviembre de 2019 (19/11/19), por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Tuluá (V).

ANTECEDENTES

El señor JAIME SÁNCHEZ, actuando en nombre propio, interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, cuyo conocimiento en primera instancia correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá (V).

La demanda anterior tuvo como pretensiones singulares al caso, reconocer y pagar el retroactivo pensional desde el 1 de diciembre de 2011 a 30 de mayo de 2016; los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cada mesada pensional adeudada; el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo, retroactivo e indexación de dichas sumas (fl. 52).

Como recuento fáctico, dijo que nació el 17 de junio de 1946, y cuenta con 72 años; que el 31 de octubre de 1980, contrajo matrimonio civil con la señora ELBA TEJADA ROLDAN, vigente a la fecha; que de dicha relación se procreó un hijo, actualmente mayor de edad; que cotizó a COLPENSIONES desde 1971 hasta el 30 de noviembre de 2011, siendo esta su última cotización efectuada por la empresa MULTISERVICIOS PROFESIONALES; que mediante Resolución GNR147481 de 20 de

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

² No. 191 Control Estadística.

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: JAIME SÁNCHEZ
Demandado: COLPENSIONES
Asunto: Apelación (sentencia)

mayo de 2016 COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez, bajo las prerrogativas del Decreto 758 de 1990, con fecha de estatus 17 de junio de 2006, y de efectividad 1 de junio de 2016 con una mesada mensual de \$689.455; que el retroactivo no se generó debido a que no obraba novedad de retiro del sistema; que contra dicha resolución interpuso los recursos de reposición y apelación, siendo resueltos negativamente.

Por otra parte, expresó que tiene a su cargo la manutención y gastos de subsistencia de su esposa, en razón a que ella no trabaja, ni percibe ingreso; que el 30 de abril de 2018, reclamó a COLPENSIONES el incremento pensional, el cual fue negado (fls. 50-51).

La encartada, COLPENSIONES, por intermedio de apoderado judicial dio respuesta al libelo genitor, en debida forma según auto proferido el 28 de agosto de 2019 (fl. 80); aunque aceptó algunos hechos formulados (1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, y 13) presentó oposición a lo pretendido y formuló las excepciones de fondo que denominó: inexistencia de la obligación como también frente al pretendido incremento, prescripción y buena fe (fls. 68-78).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tuluá mediante la Sentencia del 19 de noviembre de 2019 (19/11/19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el señor JAIME SÁNCHEZ, identificado con cédula No. 16.341.579 tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión de vejez prevista en el decreto 758 de 1990, en transición de la Ley 100 de 1993, a partir del 11 de febrero de 2013, con un valor equivalente al salario mínimo legal vigente y con un total de 14 mesadas anuales.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor JAIME SÁNCHEZ, tiene derecho al incremento sobre la pensión antes reconocida equivalente al 14% del salario mínimo legal por tener a su cargo a su cónyuge ELBA TEJADA ROLDAN, a partir del 01 de mayo de 2015, en los términos antes señalados y mientras se mantengan los supuestos de hecho y derecho que han dado lugar al reconocimiento.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción según las consideraciones que anteceden.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al señor JAIME SÁNCHEZ, a título de retroactivo de la pensión reconocida en el numeral primero de esta sentencia por valor de \$28.360.710.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al señor JAIME SÁNCHEZ a título de retroactivo por los incrementos pensionales aquí reconocidos entre el 01 de mayo de 2015 y el mes de octubre de 2019, la suma de \$6.505.880, condenas estas que deberán ser indexadas a la fecha efectiva del pago según la reglas y precisiones anotadas anteriormente.

SEXTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a la entidad demandada (...) (fl. 93)

APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación que sustentó en los siguientes términos: expresó que de conformidad con la Sentencia 140 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, los incrementos se encuentran derogados con la expedición de la Ley 100 de 1993 (min. 50:43 y sig.)

CONSULTA

En el presente asunto la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- presentó apelación parcial en cuanto a los incrementos pensionales, por lo que se deberá estudiar en el grado jurisdiccional de consulta si acertó el juzgado en lo que respecta a la procedencia de las demás condenas impuestas; de conformidad con lo preceptuado en la Sentencia de Tutela proferida el 09 de Julio de 2015 por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, bajo rad: 40200 .MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las actuaciones a esta instancia, se procedió a su admisión; posteriormente, se corrió traslado de conformidad con el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020; vencido el mismo, la parte actora expresó que así como lo enunció el a quo existieron actor inequívocos sobre la desafiliación del actor, aunado que en Casación Laboral se ha indicado que no es requerida prueba solemne en torno a la desafiliación, aunado que se presentan demostrados los supuestos para el incremento por cónyuge a cargo desde la normatividad por la cual se causó el derecho pensional hasta los supuestos de convivencia y dependencia económica de su cónyuge.

La entidad demandada consideró que el reconocimiento pensional se encontró acorde con lo dispuesto para cuando no existe la novedad de retiro del Sistema, conforme a corte de nómina, en lo cual tampoco se presentaría la consolidación de una mora que conllevara el pago de intereses, por otra parte manifestó que el incremento pensional deprecado se fundamenta en normas que han perdido su vigencia, lo que se ha aclarado en sentencia SU-140/2019 de la Honorable Corte Constitucional, en tal sentido su representado obró de buena fe, aunado a que la excepción de prescripción afectaría los emolumentos pretendidos.

Recurso de APELACIÓN y grado jurisdiccional de la CONSULTA que pasa a resolver la Sala con fundamento en el principio de la LIBRE FORMACIÓN DEL CONVENCIMIENTO y de la sana crítica de la prueba, contenidos en el art. 61 del C.P.T y de la S.S, con base en el siguiente,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se relaciona con la procedencia del reconocimiento pensional a partir del 30 de noviembre de 2011, retroactivo pensional en favor de la parte actora, dado que mediante Resolución No. GNR147481 de 20 de mayo de 2016 se reconoció la subvención pensional solo a partir del mes del 1 de junio de 2016; así como el análisis en relación con el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo.

Del derecho pensional deprecado, su causación y exigibilidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la pensión de vejez se causa a partir del momento en el cual confluyen en el beneficiario la totalidad de los requisitos, esto es, la edad y el número de cotizaciones y, se disfruta a partir de la fecha en la que se acredita la desafiliación del sistema, respectivamente.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral, en sentencia del 25 de enero de 2017, bajo rad: 47315, M.P Jorge Mauricio Burgos Ruiz, ha reiterado lo expuesto en anterior oportunidad por esa Corporación³, en cuanto a que por regla general se requiere manifestación expresa acerca de la desafiliación del sistema y que le corresponde en principio al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, ésta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar al cumplir la totalidad de los requisitos o solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este, según fuere el caso, postura que esta Sala ha aplicado reiteradamente⁴. De igual manera el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 señala que la obligación de cotizar cesa, entre otras razones, cuando se reúna en el afiliado los requisitos para adquirir la pensión.

Al respecto, observa la Sala al revisar el material probatorio, que mediante Resolución No. GNR147481 de 20 de mayo de 2016 fue otorgada al señor JAIME SANCHEZ, la subvención pensional bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1º de junio de 2016. (fls. 13-16); dentro del contenido del precitado acto administrativo se extrae que el estatus pensional fue adquirido por el accionante el 17 de junio de 2006 (fl. 14 vuelto), no obstante, se advierte que solo hasta el 11 de febrero de 2016, después de 9 años, el actor radicó la solicitud de reconocimiento ante COLPENSIONES (fl. 13) por parte del hoy reclamante.

Concomitante con lo hasta indicado se observa que: (i) el actor estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida entre el 1 de agosto de 1971 y 30 de noviembre de 2011 (fl. 79 – disco compacto expediente administrativo); (ii) el señor JAIME SANCHEZ alcanzó a acreditar ante el sistema general de pensiones un total de 699,43 semanas según se desprende de del reporte de semanas cotizadas actualizado al 22 de julio de 2019 (fl.79 documento obrante en el expediente administrativo aportado por la demandada); (iii) el 11 de febrero de 2016 solicitó reconocimiento de la pensión de vejez ante COLPENSIONES, como se desprende del acto administrativo GNR 147481 de 20 de mayo de 2016, mediante el cual se le otorgó pensión de vejez, a partir del 1 de junio de 2016 (fl. 13-16); (iv) el actor

³ 47236 del 6 de abril de 2016, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

⁴ M.P. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda. Radicado 2015-00321 de 26-07-2016 Dte. Teresa Aristizabal Carmona y radicado 2014-00333 de 28-03-2017 Dte. Miguel Isidoro Pérez Tirado.

recurrió la resolución anterior, respecto de la fecha de efectividad de la prestación, resuelta de manera desfavorable mediante las Resoluciones GNR 203073 de 11 de julio de 2016 y VPB 33696 de 26 de agosto de 2016 (fls. 18 a 25); (v) el 27 de abril de 2018, el actor solicitó nuevamente el retroactivo pensional (fl. 26-29), el cual fue resuelto negativamente con Resolución No. SUB 129759 de 16 de mayo de 2018 (fl. 31-35); y el 30 de abril de 2018, once años después a la causación del derecho, solicitó el incremento pensional por cónyuge a cargo, resuelto negativamente con misiva del 2 de mayo de 2018 (fl. 37).

En primer lugar, respecto de la solicitud del retroactivo pensional, teniendo en cuenta la fecha de efectividad de la pensión de vejez, es preciso indicar, que como se observó de la historia laboral de cotizaciones, el último período cotizado corresponde al de 30 de noviembre de 2011, acto significativo y revelador de la intensión de desafiliación del sistema pensional al no haber estado en discusión la satisfacción de los requisitos legales para la causación del derecho pensional por parte del afiliado el 2 junio de 2006, para cuando contaba con 60 años de edad y más de 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para adquirir el derecho pensional bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990, circunscribiéndose la controversia en el hecho mismo de la novedad de retiro, que pese a lo hasta aquí enunciado, para la entidad de seguridad social no existió y por consiguiente, la fecha del disfrute estaba determinada por la inclusión en nómina (fl. 13-16).

De conformidad con lo anterior, al satisfacer el actor los requisitos para adquirir el derecho a la pensión desde el 2 de junio de 2006⁵ según las exigencias del Acuerdo 049 de 1990⁶, y no aplicársele los efectos de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo No. 01 de 2005, al haber obtenido el estatus pensional antes del 31 de julio de 2010, era procedente que la demandada hubiera hecho exigible la pensión desde la fecha en que ocurrió su última cotización en pensiones, es decir desde el 30 de noviembre de 2011, previo a los efectos de prescripción de mesadas pensionales, para lo cual se debió tener en cuenta la fecha en que se radicó la solicitud de reconocimiento prestacional – 11 de febrero de 2016-, dado que, para la misma, ya el accionante adicional a que había dejado de realizar aportes al SGSS, se itera satisfacía los presupuestos normativos para que le fuera otorgada la subvención pensional, por lo que sobre el pago en relación a la excepción de prescripción, no hay duda que debió surgir a partir del 11 de febrero de 2013, al ocurrir el término trienal extintivo de que trata el artículo 151 del CPTSS, entre las causadas entre el 30 de noviembre de 2011 y el 10 de febrero de 2013.

En consecuencia, es procedente el pago del retroactivo pensional causado entre el 11 de febrero de 2013 y el 30 de mayo de 2016 teniéndose en cuenta 14 mesadas anuales con base en el salario mínimo mensual vigente para cada anualidad, pues su causación data del año 2006 al haber reunido más de 500 semanas en los últimos 20 años de cotizaciones anteriores a la edad mínima en su régimen de transición, esto es el artículo 12 del Acuerdo 0490 de 1990 del CNSS aprobado por el Decreto 758 de 1990, como en efecto el Juzgado de primera lo concluyó.

Adicional dado el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, se deberán efectuar los descuentos que corresponda al total de las cotizaciones al

5. Data para la cual alcanzó los 60 años al ser su natalicio el mismo día y mes del año 1946 y 613 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

6 Al ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con 41 años a la entrada de su vigencia 01 de abril de 1994.

Sistema de Seguridad Social en Salud, a partir de la fecha en la cual se ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez al accionante, con la finalidad que las transfiera a la entidad administradora de salud que el reclamante se encuentre afiliado en todo caso con destino al Sistema de Salud. Lo anterior, de conformidad con el inciso 2 del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto por el inciso 3, artículo 42 del Decreto 692 de 1994, en su redacción original. Sentido en el que se adicionará el numeral cuarto de la sentencia consultada.

Ahora bien, respecto del recurso de apelación presentado por la apoderada judicial de COLPENSIONES, respecto de la condena por incremento pensional por cónyuge a cargo, teniendo como sustento la derogatoria de estos, conforme los postulados de la Corte Constitucional; se observa por la Sala, que si bien puede considerarse que los incrementos por persona a cargo no se encontrarían vigentes, es de considerar una distinción según la cual la tesis de su vigencia ha sido una interpretación pacífica de la doctrina probable, como antes se indicó y que en sentencia de la H. Corte Constitucional C-390/2014 se expresó la línea jurisprudencial que da relevancia a la interpretación del derecho por corporaciones diferentes a esta alta Corporación.

Al respecto, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no podría afirmarse una integralidad del sistema, cuando su artículo 31 incorporó las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de los Seguros Sociales y el artículo 36 permitió la ultraactividad de regímenes normativos anteriores, que como en el caso del artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 han permitido fijar los tiempos de la exigibilidad pensional o como sus artículos 21 y 22 que en virtud del artículo 31 y 36 citados perduraron en el tiempo para pensiones propias de tal régimen amparado en la transición, razones por las cuales una derogatoria requiere ser expresa, por demás que tal normativa, reconoce los incrementos por cónyuge o compañera, hijos menores o inválidos a cargo, dentro de un sistema de reparto y no de ahorro individual, que al no ser configurada como pensión no podría ser susceptible de premisas contra la vigencia de estas últimas y que conservan la lógica de trato igualitario como una erogación mínimamente mayor por razón del núcleo familiar existente con ingresos únicos por el pensionado, aunado a la remisión del segundo inciso del párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005 a los beneficios pensionales existentes bajo el régimen de transición a las demás normas que lo desarrollen tal régimen.

Por lo anterior y ante la modificación del eje de argumentación jurídica según modificación de línea jurisprudencial por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-140/19 y el criterio reiteradamente sostenido por la Corte Suprema de Justicia - Sala De Casación Laboral bajo radicado 53465/17, SL9638/2014, SL1585/2015 y SL2645/2016, como se ha expuesto, implica que al contemplarse por esta Sala lo dispuesto por la jurisdicción ordinaria en cuanto a la interpretación legal y reglamentaria sobre vigencia de los incrementos por persona a cargo, también se consideren los efectos de la prescripción, en forma diferente a obligaciones periódicas, señalados por la esta Corporación, indicando que en sentencia C-836/01 la H. Corte Constitucional también ha exigido la presentación de sólidos argumentos justificativos para apartarse de las decisiones expuestas por la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, y como le compete a esta Sala en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, verificar la viabilidad de las condenas impuestas, es

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: JAIME SÁNCHEZ
Demandado: COLPENSIONES
Asunto: Apelación (sentencia)

preciso mencionar, que aunque se acreditó la convivencia y dependencia económica entre el actor y su cónyuge ELBA TEJADA ROLDAN, los incrementos pretendidos no se encuentran prescritos, conforme lo expuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en diferentes providencias en Casación Laboral, como aquella con radicado 27923 de 2007 citada en sentencia con radicado 42300 de 2012, en donde ha indicado:

"De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez".

Lo anterior correlacionado a que la pensión de vejez fue reconocida por la administradora de pensiones en Resolución No. GNR147481 de 20 de mayo de 2016 notificada el 27 de mayo de 2016, demanda que fue presentada el 26/10/18 dentro de los tres años subsiguientes al acto de la administradora del reconocimiento pensional y que la reclamación por incremento por persona a cargo se radicó el 30/4/18 (fl. 33), situación en la que de acuerdo con lo planteado por la máxima colegiatura de esta especialidad no se demostró la categoría jurídica de prescripción total, por lo cual se confirmara la decisión del a quo de contabilizar estos valores desde el 30/4/15 conforme artículo 151 del CPTSS.

En consecuencia, se confirmarán la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, conforme a los motivos expuestos en la presente providencia.

COSTAS

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la Sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito judicial de Tuluá (V.), siendo demandante el señor JAIME SÁNCHEZ identificado con C.C. 16.341.579, y demandada la

Proceso: Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante: JAIME SÁNCHEZ
Demandado: COLPENSIONES
Asunto: Apelación (sentencia)

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-; conforme a lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

Notifíquese por estado.

El Magistrado y Magistradas



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Aclaración de voto



CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Impedimento

ACLARACIÓN DE VOTO

La contabilización de la prescripción de los incrementos dispuestos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 a partir del acto de reconocimiento pensional ha conllevado el problema jurídico que al aceptarse tal postulado en principio se genera una disonancia con los montos retroactivos por tal derecho que se contabilizan antes de la fecha del reconocimiento pensional cuando los supuestos de paternidad, convivencia y dependencia económica y exigibilidad de las mesadas pensionales son anteriores a tal resolución que instrumentaliza el pago de la pensión deprecada, pues no podría existir una contabilización del derecho antes de su exigibilidad, la que su vez es hito de la institución de prescripción en materia laboral conforme artículo 151 del CPTSS; por este motivo el suscrito ha sostenido en criterio que se abandona a partir de estas providencias, que la prescripción del incremento por persona a cargo se contabiliza desde su exigibilidad la que no depende del acto externo al derecho como es que el deudor se acompañe al pago, en lo particular a través de las resoluciones de reconocimiento.

No obstante de una nueva lectura del criterio esbozado por la honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que fija la contabilización de la prescripción a partir del acto del deudor del reconocimiento pensional, puede comprenderse que en esta se desarrolla una noción especial relacionada con la confianza legítima y garantista al pensionado como es comprender que los derechos derivados de tal estatus se salvaguardan no solo a partir de la causación debida del supuesto pensional y su exigibilidad, sino además a partir del momento en que el deudor manifiesta aceptar el cumplimiento de la obligación principal, necesaria y supuesto de otros derechos posibles, se itera derivados de la condición jurídica de pensionado, por ello que se permita que se contabilice el término prescriptivo a partir del reconocimiento del fondo administrador de la mesada pensional, pues se trata de una categoría diferente que subyace en tal interpretación jurisprudencial.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**e8fdc4fcd7291a233e7da8ce953946451bad3d29fdd8d63f2e0d6d3222181
3b2**

Documento generado en 13/11/2020 11:48:46 a.m.

Proceso: *Ordinario Laboral de Primera Instancia*
Demandante: *JAIME SÁNCHEZ*
Demandado: *COLPENSIONES*
Asunto: *Apelación (sentencia)*

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