



REFERENCIA	ORDINARIO LABORAL – APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE	GRACIELA GONZÁLEZ CASTRO
DEMANDADO	PORVENIR S.A. APELANTE
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES APELANTE
RADICACION	76-836-31-05-002-2017-00340-01

AUTO NO. 0518

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre del año dos mil veinte (2020).

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

NOTIFIQUESE este auto por anotación en estado.

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

Firmado Por:

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 003 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:

ae376de31e4b6ffd6b4d65a2cb53279c31e09cacbcff0161985a16c6842031e5

Documento generado en 24/11/2020 07:31:26 a.m.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA LABORAL**



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

REFERENCIA: AUTO ADMISORIO
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
GRUPO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: JAIRO CAÑON GARCIA
DEMANDADO: COMCEL S.A. Y OTRS
RADICACIÓN: 76-520-31-05-001-2015-00564-01

Guadalajara de Buga, Valle, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO No. 522

Se admite el conocimiento del presente asunto, a fin de impartirle el trámite legal de la segunda instancia, en la forma y términos previstos en el Art. 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el Art. 13 de la ley 1149 de 2007.

En firme la presente providencia, pásese nuevamente a Despacho para lo respectivo.

NOTIFÍQUESE,



MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

REFERENCIA: AUTO ADMISORIO
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
GRUPO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: GLORIA ESTEFANIA MONTENEGRO
DEMANDADO: GAMAGRAFIAS DEL VALLE Y OTRO
RADICACIÓN: 76-520-31-05-002-2016-00206-01

Guadalajara de Buga, Valle, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO No. 521

Se admite el conocimiento del presente asunto, a fin de impartirle el trámite legal de la segunda instancia, en la forma y términos previstos en el Art. 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el Art. 13 de la ley 1149 de 2007.

En firme la presente providencia, pásese nuevamente a Despacho para lo respectivo.

NOTIFÍQUESE,



MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

REFERENCIA: AUTO ADMISORIO
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
GRUPO: CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE: LUZ MARY ARDILA MONTAÑO
DEMANDADO: UNIVERSIDAD DEL PACIFICO
RADICACIÓN: 76-109-31-05-003-2019-00048-01

Guadalajara de Buga, Valle, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO No. 523

Se admite el conocimiento del presente asunto, a fin de impartirle el trámite legal de la segunda instancia, en la forma y términos previstos en el Art. 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el Art. 13 de la ley 1149 de 2007.

En firme la presente providencia, pásese nuevamente a Despacho para lo respectivo.

NOTIFÍQUESE,



MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

REFERENCIA: AUTO ADMISORIO
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
GRUPO: CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE: MARIO MONSALVE VALENCIA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 76-520-31-05-002-2019-00078-01

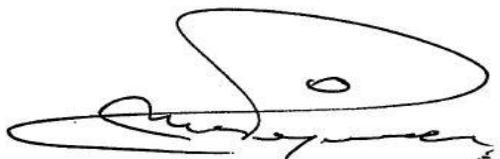
Guadalajara de Buga, Valle, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO No. 525

Se admite el conocimiento del presente asunto, a fin de impartirle el trámite legal de la segunda instancia, en la forma y términos previstos en el Art. 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el Art. 13 de la ley 1149 de 2007.

En firme la presente providencia, pásese nuevamente a Despacho para lo respectivo.

NOTIFÍQUESE,



MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente**

**SENTENCIA NO. 182
APROBADA EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación N° 76-111-31-05-001-2015-00327-02. Contrato de trabajo. Proceso Ordinario Laboral de EDWIN ALEXIS HERRADA Y OTROS contra PROACTIVA DE SERVICIO SA Y OTRO

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación formulado por los apoderados judiciales contra la sentencia dictada en audiencia Pública celebrada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga, Valle, el día veintinueve (29) de julio del año dos mil diecinueve (2019).

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

1.- ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

Los señores EDWIN ALEXIS HERRADA, JOSE FERNANDO HERRERA POSADA y JUAN CARLOS CHACON VELASQUEZ formularon demanda ordinaria laboral contra el PRACTIVA DE SERVICIOS SA ESP y BUGASEO ESP con el fin de que se declare que existió un contrato laboral realidad a término indefinido, pretendiendo que se condene al pago de las prestaciones sociales, las correspondientes cotizaciones por pensiones, riesgos profesionales y salud, al pago de salarios que resulten debidos, pago de indemnización por despido sin causa justa, pago de sanción moratoria, pago de perjuicios morales y al pago de perjuicios materiales causados con ocasión de la tercerización con la CTA CODESCO.

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

Que los demandantes iniciaron a prestar el servicio a favor de las demandadas en las siguientes fechas: el señor EDWIN ALEXIS HERRADA VELEZ a partir del día



01 de mayo de 2012, el señor JOSE FERNANDO HERRERA POSADA, el día 01 de noviembre de 2008 y el señor JUAN CARLOS CHACON VELASQUEZ, el día 01 de junio de 2012, vínculos que terminaron por despido sin justa causa el día 30 de noviembre de 2012.

Aduce la demanda que los demandantes laboraron para las demandadas, bajo la figura de asociados a la Cooperativa de Trabajadores de Colombia- COODESCO, quien los envió en misión para prestar su trabajo.

La jornada de trabajo siempre fue de 5:45 am a 3 pm, de lunes a domingo y festivos, sin descanso. El salario devengado, fue pagado como compensaciones y siempre fue el mínimo legal vigente.

Manifiestan que siempre recibieron órdenes de HECTOR FABIO ABADIA, ALEXANDER GORDILLO, JENLER VALECIA, DIEGO URREA, EUGENIO CARVAJAL, BALMER TOBO, YEISON TAMARA, FREDERMAN HERRERA, quienes eran o son supervisores y los encargados de entregar las dotaciones, herramientas y de hacer informes por faltas de los deberes.

1.2. Contestación de la demanda.

1.2.1. BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P.

La entidad demanda BUGUEÑA DE ASEO SA ESP se opuso la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante, proponiendo la excepción previa denominada inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y de fondo carencia de acción y de derecho para demandar, falta de legitimación en la causa en la parte pasiva y activa, inexistencia de contrato y nexos laborales, buena fe del demandado, mala fe del demandante, inexistencia de los perjuicios demandados, inexistencia de la obligación, inexistencia de relación solidaria, compensación, cobro de lo no debido e innominada. Como argumentos de su defensa estableció en términos generales respecto a los hechos plasmados en el libelo introductorio, no ser ciertos o no constarle y aceptó algunos de ellos indicando que los demandantes no fueron trabajadores suyos, explicó que durante el tiempo que estuvieron los demandados asociados a la CTA le fueron reconocidas todas las compensaciones ordinarias y especiales resultando improcedente pretender el pago nuevamente de los salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones.

1.2.2. PROACTIVA DE SERVICIOS SA

La empresa llamada a juicio de igual manera contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones invocadas por los actores, como excepciones de fondo propuso carencia de acción y de derecho para demandar, falta de legitimación en la causa en la parte pasiva y activa, inexistencia de contrato y nexos laborales, buena fe del demandado, mala fe del demandante, inexistencia de los perjuicios demandados, inexistencia de la obligación, inexistencia de relación solidaria, compensación, cobro de lo no debido e innominada. Como sustento de su defensa



señaló que no existió una relación laboral con los demandantes y que ellos estuvieron vinculados con la CTA COODESCO a quienes le fueron reconocidos los emolumentos ordinarios y especiales.

1.3. Sentencia de primer grado.

El *a-quo* mediante sentencia del 29 de julio de 2019 declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por la demandada BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P, hoy VEOLIA ASEO BUGA S.A. E.S.P., excepto la de prescripción que se declara probada parcialmente, frente a los derechos laborales exigibles con anterioridad al 21 de julio de 2012, exceptuando el auxilio de cesantías; declaró la existencia de un contrato de trabajo realidad entre la demandada BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P., actuando bajo intermediación ilegal la CTA COODESCO, en la modalidad a término indefinido, con los demandantes, así:

EDWIN ALEXIS VELEZ del 01/05/2012 al 30/11/2012

JOSE FERNANDO HERRERA POSADA del 01/11/2007 al 30/11/2012

JUAN CARLOS CHACON VELASQUEZ del 01/06/2012 al 30/11/2012.

También condenó a la demandada BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P., a reconocer y cancelar dentro de los tres (3) días siguientes a la diligencia los demandantes EDWIN ALEXIS VELEZ, JOSE FERNANDO HERRERA POSADA y JUAN CARLOS CHACO VELASQUES, unas sumas de dinero por auxilio de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria.

Condenó en costas a la parte demandada BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P., y a favor de la parte demandante, sin costas para el demandado PROACTIVA DE SERVICIOS S.A. E.S.P, y por último decidió absolver a la demandada PROACTIVA DE SERVICIOS S.A. E.S.P., de todas las pretensiones formuladas por los demandantes y absolver a la codemandada BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P., de las demás.

1.4. Recurso de apelación.

- La parte demandante.

El apoderado judicial de la parte demandante apeló parcialmente la sentencia proferida en primera instancia insistiendo que el salario que consideró el Juzgado fue mayor al salario mínimo, pero que debió hacerse con el salario mínimo legal vigente para la época, porque los valores demás corresponden a las horas extras pagadas, las cuales se liquidaban con el salario mínimo. Y de esta forma consideró que también debe liquidarse la sanción moratoria del artículo 65 con base en el salario mínimo mensual vigente y no en el salario que acogió el Juzgado, mayor que el mínimo.



Reprocha la declaración parcial de prescripción, porque la demandada Buga Aseo, que fue la única condenada, no propuso esa excepción de prescripción, y el Juzgado no la puede declarar de oficio.

Solicitó que se tenga en cuenta los perjuicios morales que se le causaron al demandante, precisando que si el Juzgado descubrió que la demandada Buga Aseo no actuó de buena fe, entonces si se le causó un perjuicio moral a los demandantes y es el sufrimiento que tuvieron por ver que la empleadora real hacía una diferencia al no pagarle las prestaciones sociales a tiempo, y eso también le permitió a los demandantes que ellos se sintieran engañados, ellos descubrieron desde un principio la simulación que hacía la cooperativa y que todas esas maniobras causaron un problema a los accionantes en su vida económica y social, en su familia les causó dolor al verse discriminado por estas demandadas.

Por último, solicitó que el Tribunal revise la sentencia y que, aunque no se llegó a la compensación por la primera instancia el Superior no puede hacerlo, porque esos pagos que recibió el trabajador, no era 100% lo que producía el trabajador, de allí de esa compensación ordinaria le descontaban el 8.33% para llevarse a 6 meses y pagarle la compensación extraordinaria semestral, y también lo llevaban a 1 año para pagarle la compensación extraordinaria anual, por lo tanto no puede hacer esa compensación.

- La parte demandada BUGASEO:

La apoderada judicial de la demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia emitida, los fundamentos de su petición son los siguientes, expuso que sobre la subordinación y la naturaleza de la vinculación de los demandantes quedó demostrado, de acuerdo al interrogatorio de parte y el material documental aportado, la condición de los trabajadores asociados a la CTA Codesco, pues estos aceptaron suscribir el convenio de asociación que obra en el expediente para los demandantes, siendo afiliados por la respectiva CTA Codesco a la Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos laborales.

Considera que los demandantes aceptaron la contraprestación económica por sus labores o servicios y las compensaciones que recibían en dinero de manera mensual que eran canceladas por la cooperativa Codesco, y las cuales equivalen inclusive a un salario mínimo superior; que los actores tenían conocimiento sobre la naturaleza del vínculo que los unió con las cooperativas y que así lo ejecutaron

Solicitó que se tenga en cuenta por parte del Tribunal los testimonios que se llevaron al proceso por la parte demandante Veolia Aseo Buga como el testimonio del señor Marlon Marmolejo quien afirmó que fue supervisor de Codesco y que fungió como supervisor de los aquí demandantes, afirmó que estos realizaban las labores en calidad de supervisores, a los aquí demandantes debían ellos verificar que la cooperativa ejecutará en debida forma el servicio contratado por la empresa, y la cual debe ceñirse a las características de calidad y oportunidad entre las condiciones contenidas en la oferta mercantil.



De igual manera, solicitó al Tribunal mencionarse sobre las tachas presentadas a los testigos, y en las cuales era evidente que dichos testimonios no eran coincidentes con la realidad de los hechos.

Precisó que de conformidad con la Ley 142 del 94 que rige la prestación del servicio para las empresas de servicio público de aseo se debe cumplir con un mínimo de estándares de calidad de la prestación del servicio, por lo cual no era una imposición a la CTA Codesco dichos manuales, sino que estos hacían parte del objeto contractual, teniendo la CTA total autonomía de organizar internamente la prestación del servicio, dichos manuales eran entregados a la CTA solo para el conocimiento, pues con ello se llevan las rutas, los cronogramas, la operación de barrido, recolección y transporte que debe cumplir por ley y por las regulaciones que se tienen en el tema con una periodicidad.

Igualmente, el acuerdo de formalización laboral como lo explicó desde la contestación de la demandada, fue un acuerdo voluntario que hizo las empresas del grupo de Veolia con el Ministerio de Trabajo sin que este se hubiese provocado por la queja de los trabajadores, esto obedeció única y exclusivamente al Ministerio y a las empresas quienes se sometieron voluntariamente a dicho acuerdo de formalización laboral.; que las cláusulas pactadas no pueden considerarse subordinación laboral; y que también en el contrato de prestación de servicios se pueden desprender ciertos elementos que dan a entender que la subordinación o se puede pactar por el cumplimiento de un horario para que se cumpla efectivamente con el objeto del contrato como bien lo establece la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

Igualmente señala que el juez debió declarar las excepciones de compensación de pago y cobro de lo debido pues quedó demostrado que los aquí demandantes recibieron en su debido momento todas las sumas de dinero que ahora de mala fe pretenden le se han canceladas, nuevamente dando lugar a un enriquecimiento sin justa causa

Respecto a la compensación cobro de lo no debido y pago es inadmisibles que se haya ignorado las confesiones de los demandantes en su interrogatorio de parte en donde declararon espontáneamente y aceptaron que se les pagaba las compensaciones mensuales que equivale al salario, tampoco se tuvo en cuenta la actitud evasiva con la que los demandantes a las preguntas hechas por la demandada manifestaron que se los hacía proactiva cuando del material probatorio que obra en el expediente consta los certificados o los desprendibles de pago emitidos por Codesco, lo que indica la mala fe y temeridad con la que los demandantes aquí rindieron su testimonio.

Respecto a la prescripción, la cual fue propuesta debidamente en la contestación de la demanda y es claro que está en dicho escrito, esta norma es de aplicación rigurosa solicito se tenga sobre todo los derechos en subsidiariamente de declararse algún derecho a favor de mi representada que se tenga la regla fijada por el artículo



151 del Código Procedimiento Laboral y los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto de la indemnización moratoria considera que todas las pruebas del proceso dejan ver claramente que su defendida obró siempre dentro de los parámetros de la buena fe, pues tenía plena y fundamentada convicción de no estar obligada de pagarle a los demandantes prestaciones sociales e indemnizaciones que estos invocan en su demanda, sobre todo porque verificaba constantemente en la auditorías realizadas al contrato de prestación de servicios suscrito con la cooperativa que esta realizara cumplidamente los pagos, ahora se está demandando y está demostrado que a los demandante se les pagaba un salario compensación de lo cual existe prueba testimonial y documental en el proceso.

1.5. Trámite en segunda instancia.

Admitido el recurso de apelación, en aplicación de Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de segunda instancia, no obstante, aunque fueron notificados de la providencia enunciada guardaron silencio dentro del término otorgado.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Competencia

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

3. Problema jurídico

Propuesto el recurso de alzada por las partes, corresponde establecer si entre los accionantes y la demandada BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se suscitó una relación de trabajo en los términos previstos por el artículo 23 de CST, y solo si, el anterior problema resultare positivo, esto es declarar la existencia de la relación laboral entre los contradictores, se pronunciará



esta Sala respecto de la pretensiones de pago de prestaciones sociales e indemnizaciones solicitadas con la demanda.

4. Tesis

Esta colegiatura, revocará la sentencia proferida por la primera instancia al considerar que dentro del juicio oral no se demostró la existencia de una relación laboral entre los actores y BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP

5. ARGUMENTOS DE LA DECISIÓN

5.1 Regulación de las cooperativas en el régimen jurídico colombiano.

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

De ellas se extrae que el trabajo cooperativo en Colombia se rige por sus propios estatutos, teniendo ello como consecuencia, que las relaciones entre la Cooperativa y sus asociados por ser de naturaleza asociativa y solidaria, están reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el acuerdo cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado. Sobre el tipo de relaciones contractuales dentro de las cooperativas, se tiene que los asociados, ponen al servicio de un ente común sus propias capacidades para obtener beneficios mutuos, sin existir relaciones de dependencia o subordinación, pues se parte de la igualdad de los miembros de la colectividad, resultando inaplicable la legislación laboral ordinaria, que regula el trabajo dependiente.

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

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

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL 6441 del 15 de abril de 2015 precisó que la celebración de contratos con las cooperativas no



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

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

5.2. Contrato de trabajo

Reza el ordinal 1° del artículo 22 del C. S. T, vigente para la época de los hechos, que “contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración”.

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

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

Sobre la aplicación del artículo 24 del C.S.T. la Sala de Descongestión laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL365 del 2019, radicación No. 5713, citando a su vez la sentencia CSJ SL4027-2017, reiteró “(...) *que, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada. Sin embargo, no será necesaria la acreditación de la citada subordinación, con la producción de la respectiva prueba, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, ya*



que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal consagrada en el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo que reza: «Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario, es decir, que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual de índole laboral». Por lo tanto, señala la Corte, que “le corresponde al aparente empleador destruir tal presunción, mediante la acreditación de que la actividad contratada se ejecutó o realizó en forma autónoma, totalmente independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral, lo que dependerá del análisis de las pruebas del proceso.

5.3 Caso concreto.

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

En los hechos de la demanda se indicó que los actores prestaron el servicio a favor de las demandadas a través de la CTA COODESCO en los siguientes periodos:

EDWIN ALEXIS HERRADA VELEZ: Del 1 de mayo de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2012.

JOSE FERNANDO HERRERA POSADA: Del 1 de noviembre de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2012

JUAN CARLOS CHACON VELASQUEZ: Del 1 de junio de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2012.

Para la prosperidad de las pretensiones deben demostrar que efectivamente prestaron el servicio en beneficio de BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP, que el mismo debe ser prestado de manera personal y exclusiva por los trabajadores, y se deben acreditar los extremos de la relación laboral.

En cuanto a la prestación del servicio la demandada BUGA ASEO no aceptó el servicio personal directamente para BUGA ASEO, sino que indica que fueron enviados por la CTA CODESCO a realizar labores de los proyectos contratados en el contrato civil de prestación de servicios suscrito con la CTA.

A folio 43 a 19 reposa el acuerdo de formalización laboral suscrito entre diferentes empresas entre ellas BUGASEO SA ESP y el Ministerio del Trabajo – Dirección Territorial del Valle de fecha 28 de diciembre de 2012, se inició por una queja instaurada contra PROACTIVA DE SERVICIOS SA y PALMIRA DE ASEO SA ESP – PALMASEO ofreciendo e acogimiento de las empresas BUGUEÑA DE ASEO SA



ESP, TULUEÑA DE ASEO SA ESP y ASEO PRADERA SA ESP, al pertenecer al mismo grupo económico y están representadas por la misma persona, en la cual se comprometieron a no vincular a través de cooperativas y precooperativas de trabajo asociado para desempeñar actividades misionales permanentes.

Seguidamente se encuentra el acta de verificación de cumplimiento del acuerdo enunciado donde se revisaron las planillas de nómina y el pago de los aportes a la seguridad social integral verificando la inclusión de los trabajadores señalados en el acuerdo.

Se encuentra a folio 56 a 58 el listado del personal vinculado directamente donde se relaciona a los demandantes desde el 1 de diciembre de 2012 como operarios de BUGUEÑA DE SA ESP.

Milita dentro del plenario el instructivo de barrido y limpieza de las diferentes empresas entre ellas BUGASEO SA ESP (fls. 61 a 67).

Posteriormente se encuentra la constancia de la prestación del servicio y el despacho de la operación de barrido, sin embargo, dentro de dicha documental no se relacionan a los actores.

De igual manera se aportaron la historia laboral del señor EDWIN ALEXIS donde se relaciones en los meses de mayo a noviembre de 2012 como empleador la CTA COODESCO y a partir del mes de diciembre de la misma anualidad a BUGUEÑA DE ASEO SA ESP, así mismo se vislumbran los desprendibles de pago a favor del precitado de los meses de mayo a noviembre de 2012.

A fls. 80 a 81 fue allegado la historia laboral del señor JOSE FERNANDO en la cual se observa como empleador de los años 2008 a noviembre de 2012 como la CTA COODESCO y posteriormente BUGA ASEO SA ESP.

En cuanto al accionante JUAN CARLOS fue arrimado la historia laboral donde se relaciona como empleador de los meses de junio a diciembre de 2012 la CTA COODESCO y luego se señala a BUGUEÑA DE ASEO SA ESP, junto con los desprendibles de nomina de los meses de mayo a noviembre de 2012.

A fl. 134 a 147 187 existen la oferta mercantil suscrita entre CTA COODESCO y BUGUEÑA DE ASEO SA ESP, oferta que tiene como objeto realizar los procesos de barrido y limpieza de vías y áreas públicas, recolección, transporte y disposición final de los residuos solidos generados en el municipio de Buga y en los municipios con los cuales haya contratado BUGASEO.

Dentro del interrogatorio absuelto a la señora Carolina Cruz Orozco como representante de Buga Aseo manifestó que para el año 2012 el Ministerio de Trabajo realizó un requerimiento a la empresa Veolia Aseo Buga se determinó que se iniciaría un proceso de formalización laboral, razón por la cual consistió en vincular a los trabajadores que se encontraban vinculados a través de CTA



directamente a la compañía, que a la fecha no existe ningún tipo de sanción administrativa contra la empresa por alguna investigación por intermediación laboral, explicó que en cuanto a la vinculación de los contratos la empresa tenía un contrato de comodato con Codesco, en la cual ellos tenían el uso en comodato de los camiones recolectores, que frente a la dotación y herramientas estas eran asumida y administradas por la CTA y así mismo eran entregadas a todo el personal del aseo, que la empresa siempre ha ostentado la calidad del prestador del servicio y el contratante frente al municipio, enunció que frente al contrato suscrito entre Buga Aseo y la cooperativa era un contrato civil para la prestación del servicio de aseo a través de Codesco; frente a las herramientas y la dotación expuso que dentro de la facturación o dentro del gasto que debía cancelarle a Veolia se encontraba contemplado el valor por herramienta y dotación, así que esta misma la compraba, la administraba y suministraba frente a sus afiliados, por último indicó que la cláusula si estaba pactada entre las partes. Declaró que es cierto que Buga Aseo el 1 de diciembre de 2012 celebró contratos laborales con los demandantes.

Del interrogatorio absuelto al representante de Proactiva Servicios S.A. E.S.P relató que no es cierto que los señores Héctor Fabio Abadía, Yeison Tamara, Balmer Tobón, Diego Urrea, Frede Herrera, Manuel Guillermo Valencia Mora, Andrea Rodríguez y María Pastora Fernández son o han sido empleados de Proactiva, que no han tenido una vinculación contractual con la empresa. Que no es cierto que el día 6 de julio del 2012 los demandantes y varios trabajadores afiliados a Codesco presentaron una queja contra Proactiva ante el Ministerio de Trabajo por la tercerización que se venía presentando con Codesco, ya que el proceso que se inició de formalización laboral se dio a través un requerimiento que hace formalmente el Ministerio de Trabajo y en aceptación de las empresas del grupo Veolia inicia el proceso de determinación y formalización de los contratos de algunas persona que se encontraban vinculadas a través de la CTA Codesco. Aclaró que Veolia Aseo Buga y Veolia Aseo Suroccidente hacen parte de lo que se denomina Veolia Holdin Colombia, que actualmente por las unidades de negocios del Valle del Cauca hacen parte Buga y Suroccidente, que quien prestó y ha prestado el servicio en Buga ha sido únicamente Veolia Aseo Buga y fue donde los demandantes prestaron el servicio. Señaló que no es cierto que en el contrato celebrado entre Buga Aseo y el municipio de Buga también participó Proactiva suministrando vehículos recolectores. Que si alguno de los demandantes fue enviado para la labor de barrido y recolección a los municipios de Ginebra y Guacarí lo habrá hecho en su momento Codesco quien era la encargada de programar a los demandantes a cubrir o hacer sus rutas previamente organizadas, que frente a la prestación Veolia Aseo Buga no tenía injerencia alguna en la programación o destinación del personal de Codesco en la prestación del servicio, que para la época la CTA tenía alguna de las partes de la prestación en el municipio de Buga.

El señor Edwin Alexis Herrada Vélez relató que las capacitaciones siempre se las dio gente de Proactiva Buga Aseo. Señaló que siempre fue Proactiva Buga Aseo quien lo afilió al Sistema de Seguridad Social en salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación. Enunció que, la CTA Codesco del pago que le daban le quitaba el 8.33 % para pensiones, pero que en ningún momento le pagó pensiones



y cesantías; que la CTA Codesco sí le liquidó y pagó las compensaciones anuales a la cuenta de nómina, pero no le canceló los valores por descanso remunerado anual, que tampoco se realizó la consignación al fondo de cesantías. Expuso que prácticamente fue obligado a renunciar, porque al no renunciar a la cooperativa Codesco y no firmar el contrato laboral con Proactiva se quedaba sin trabajo. Declaró que, en el mes de junio, a finales del año 2012 ante el Ministerio de Trabajo hizo la reclamación por sus derechos laborales a la empresa Veolia Aseo Buga, que un grupo de personas se reunieron e intervino el Ministerio de Trabajo para hablar con los directivos de Proactiva, y fue cuando se llegó al acuerdo que la empresa los pasara directamente por la empresa.

El demandante José Fernando Herrera Posada dentro de su interrogatorio explicó que suscribió un convenio de trabajo asociado con la CTA Codesco, que recibió instrucciones directamente de la empresa Proactiva de Servicios. Señaló que es correcto que durante su vinculación como trabajador asociado de Codesco fue quien lo afilió al Sistema de Seguridad Social en salud, riesgos y pensiones. Declaró que es correcto que Codesco le pagó sus compensaciones ordinarias, pero que dichas compensaciones no eran superiores al salario mínimo mensual vigente, que el dinero que recibió al final del convenio de asociación equivale al ahorro que tenía durante el tiempo que laboro. Respondió que sí llegó a ver en los comprobantes de pago el concepto de ayuda para transporte, y que dicho valor les llega junto con lo otro, que lo que les llegaba ya les venía desglosado con todo. Que todas las dotaciones eran dadas por Proactiva.

Por su parte el actor Juan Carlos Chacón Velásquez enunció que si firmó un documento para pertenecer a la CTA Codesco. Que estuvo afiliado como trabajador asociado por parte de Codesco para las fechas del 1 de noviembre del 2008 al 30 de noviembre del 2012. Manifestó que no fue capacitado por la cooperativa respecto al régimen legal aplicable. Que si es cierto que durante su vinculación como trabajador asociado de Codesco fue quien lo afilió al Sistema de Seguridad Social en salud, riesgos y pensiones. Declaró que Codesco le pagó sus compensaciones ordinarias mensualmente. Que es cierto que el pago de dicha compensación obedecía a la prestación personal de su servicio durante 30 días. Indicó que el valor de la compensación mensual que recibía de Codesco no era superior al salario mínimo para la respectiva época, Enunció que renunció voluntariamente a Codesco y para tal fin suscribió la carta de renuncia. Indicó que el supervisor Yeison Tamara era quien realizaba los procesos disciplinarios. Que quien le hizo entrega de la dotación fue Yeison Tamara cuando se vinculó a Codesco sostuvo que no está seguro si a la finalización de su convenio como afiliado de la CTA Codesco le cancelaron todos los valores por concepto de compensaciones ordinarias, descanso anual remunerado y las compensaciones adicionales. Señaló que no presentó alguna reclamación directa a través de la CTA por el no pago de sus prestaciones sociales ni que tampoco presentó petición directamente a Veolia Aseo Buga frente a su vinculación. Enunció que el señor Yeison Tamara trabajaba para Proactiva y Buga Aseo, lo cual distinguió porque en los uniformes de él decía Buga Aseo o Proactiva, que en cada lado estaban los nombres.



En cuanto a los testimonios fue escuchado el deponente Marlon Fernando Marmolejo Libreros manifestó que es el jefe de operaciones de la zona centro y norte de Veolia Aseo Suroccidente, que anteriormente trabajó en Proactiva desde el mes de febrero de 2015 hasta febrero del 2017, pero antes estuvo en Buga Aseo desde diciembre de 2012 como supervisor hasta febrero de 2015, y que anterior a este puesto laboró para Codesco desde octubre de 2010 a diciembre del 2012. Enunció que durante la prestación del servicio a favor de Codesco conoció a los demandantes y tuvo contacto con ellos, que los demandantes eran operarios de barridos con apoyo a recolección. Expresó que las herramientas que debían utilizar los demandantes eran cepillos, rastrillos, escobas, recogedores, bolsas y mascarillas, y que ello lo suministraba Codesco, lo cual sabe porque los supervisores se los entregaba a él para entregárselo a los trabajadores. Declaró que el personal de Buga Aseo se hablaba con ellos, con los supervisores de Codesco, y llegaban a revisar que se estuviera cumpliendo con la prestación del servicio como estaba pactada. Expuso que el personal de Buga Aseo no ejerció ningún tipo subordinación o sanción contra los demandantes, porque los reportes de novedad los hacía el supervisor. Que él como supervisor de Codesco hacía entrega herramientas a los operarios de barridos y apoyo de recolección; que cuando paso de la CTA a Buga Aseo en el año 2012 fue porque la empresa decidió hacerle el contrato directo por la labor y tiempo desempeñado en el que estuvo en Codesco, y que esa misma situación les pasó a los demandantes. Expuso que los procesos disciplinarios o llamados de atención a los afiliados de la CTA Codesco los realizaba él como supervisor, que se hacía el reporte de novedad y se trasladaban al coordinador de Codesco, que impuso sanción a Edwin Herrada porque le incumplía mucho con los EPP (uso de mascarillas, uso de guantes, no uso de la gorra tipo chavo) y que varios reportes se le hicieron por eso, y que todo ello quedo por escrito donde se informaba la hora, la fecha, testigos si los había y los comentarios sobre la novedad encontrada. Declaró que la cooperativa usaba los vehículos de Buga Aseo y el coordinador de Codesco se encargaba de conseguir con externos los mantenimientos. Señaló que los turnos para operarios de barridos y en el apoyo de recolección los programaba él, programa como iban a laborar en barrido y cuando se requería el apoyo también se coordinaba. Que no sabe porque la cooperativa no tenía los vehículos, que ellos tenían como un comodato con Buga Aseo en el que le colocaban la herramienta, pero Codesco se encargaba del mantenimiento, y eso se hacía en talleres de Buga, y que él una vez fue como en el año 2011 a un taller que le toco llevar unos implementos.

La deponente Yamileth Díaz Molina, señaló que trabaja en Veolia en Palmira por la empresa de servicios temporales. Indicó que su compañero Wilmer, asistente y en reemplazo Luis Eduardo Duran eran quienes adelantaban los procesos disciplinarios para los demandantes. Que las ordenes venían directamente los asistentes y coordinadores de la cooperativa hacía los afiliados demandantes de como hacer las labores. Que todo el proceso disciplinario lo manejaba directamente Codesco y el comité disciplinario de la cooperativa.

Al analizar la prueba en su conjunto, considera la Sala que si bien BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP aceptó la prestación de servicio



a través de la CTA para que se realizara una labor propia de su objeto social, se observa que no se demostró servicio personal directamente con la demandada como empleador, y además se acreditó en juicio que BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP no ejerció subordinación sobre los demandantes

En primer lugar se observa que la CTA fue autónoma en el suministro de las herramientas a los demandantes, pues así se observa de lo afirmado por la representante legal de la enjuiciada BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP quien sostuvo que frente a la dotación y herramientas aclaró que estas eran asumidas y administradas por la CTA y así mismo eran entregadas a todo el personal del aseo, enunció que frente al contrato suscrito entre Buga Aseo y la cooperativa era un contrato civil para la prestación del servicio de aseo a través de Codesco, situación que fue corroborada con el interrogatorio del representante legal de PROACTIVA SA ESP.

Respecto al elemento de subordinación los demandantes realizaron sus esfuerzos en aducir que el personal de PROACTIVA realizaban los llamados de atención y los procesos disciplinarios, pero no señalaron a BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP quien ha prestado los servicios de aseo en el municipio de Buga, aunque el actor Juan Carlos Chacón Velásquez indicó que los supervisores era de PROACTIVA y BUGASEO al reconocerlos por los logos de dichas entidades, lo anterior no es coincidente con el testimonio del señor Marlon Fernando Marmolejo Libreros quien manifestó haber laborado con la CTA y sostuvo que el personal de Buga Aseo no ejerció ningún tipo subordinación o sanción contra los demandantes, porque los reportes de novedad los hacía él como supervisor, además agregó que él como supervisor de Codesco hacía la entrega de las herramientas a los operarios de barridos y apoyo de recolección; que cuando paso de la CTA a Buga Aseo en el año 2012 fue porque la empresa decidió hacerle el contrato directo por la labor y tiempo desempeñado en el que estuvo en Codesco, y que esa misma situación les pasó a los demandantes. Expuso que los procesos disciplinarios o llamados de atención a los afiliados de la CTA Codesco los realizaba él como supervisor, que se hacía el reporte de novedad y se trasladaban al coordinador de Codesco, que impuso sanción a Edwin Herrada porque le incumplía mucho con los EPP (uso de mascarillas, uso de guantes, no uso de la gorra tipo chavo). Señaló que los turnos para operarios de barridos y en el apoyo de recolección los programaba él, programa como iban a laborar en barrido y cuando se requería el apoyo también se coordinaba.

Resulta necesario advertir, que a pesar de ser la demandada beneficiaria del servicio prestado, de lo esbozado se concluye, especialmente del testigo Marlon Fernando Marmolejo Libreros, quien tuvo percepción directa de los hechos y relación con los demandantes cuando estuvieron vinculados con la CTA, que la demandada BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP no ejercía subordinación sobre las personas vinculadas a través de las CTA, para poder reconocer que en la realidad se suscitó un vínculo laboral, además la mayoría de los relatos de los accionantes estuvieron encaminados a narrar la relación con la CTA y no con la demandada.



Y Si bien es cierto que dentro de las documentales reposa el instructivo de barrido y limpieza de las diferentes empresas entre ellas BUGASEO SA ESP esta no se encuentra dirigida específicamente a los accionantes.

En conclusión, entonces, si bien BUGASEO hoy Veolia Aseo Buga S.A. E.S.P se benefició del trabajo que realizaron los demandantes, no demostró el servicio personal directamente con BUGASEO, quien subcontrató todo un servicio con la cooperativa; pero sin ejercer subordinación respecto de los demandantes, quienes fueron contratados directamente por la cooperativa de trabajo asociado.

Lo anterior, demuestra que no fue acertada la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga el día veintinueve (29) de julio del año dos mil diecinueve (2019), por lo cual será revocada en su integridad y en su lugar se absolverá a la demandada.

COSTAS

Para culminar, esta colegiatura no impondrá el pago de costas en esta instancia, al resultar parcialmente favorable.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga el día veintinueve (29) de julio del año dos mil diecinueve (2019), y en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

edd5d399b9f5ca405a8ec19afcb34614d8a775892c96417bb00be1bcd55c0c83

Documento generado en 24/11/2020 03:23:48 p.m.

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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente**

**SENTENCIA NO. 183
APROBADA EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación N°. **76-109-31-05-003-2017-00190-01**. Proceso Ordinario Laboral de **CARMEN ROSA CAICEDO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida en audiencia pública celebrada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle, el día uno (1) de octubre del año dos mil diecinueve (2019).

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

1.- ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

La señora CARMEN ROSA CAICEDO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, pretendiendo que se reconozca la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993(Acuerdo 049 de 1990) desde el momento que cumplió requisitos(retroactivo pensional), de igual manera que se condene al pago de al mesada 14 de los intereses moratorios, indexación e imponer condena en costas procesales.

En apoyo de los anteriores pedimentos adujo en la secuencia fáctica de la demanda que nació el 4 de julio de 1954; que toda la vida cotizó a Colpensiones; que de acuerdo con la Resolución GNR 245880 de 19 de agosto de 2016 la accionante contaba con 6.517 días cotizados; que dentro de la Resolución ídem se le reconoce 1552 días cotizados dentro del convenio Colombo-Español; que cuando al demandante en el año 2005 comenzó a cotizar dentro del convenio colombo español contaba con 1038 semanas. Señala la parte demandante que dentro de la



Resolución GNR 245880 de 19 de agosto de 2016 aparecen reportados 1167 semanas cotizadas sin contabilizar la mora desde diciembre de 1985 hasta marzo de 1990 en que incurrió la empresa AGEMAR. Asegura la accionante que Colpensiones niega el régimen de transición porque de acuerdo con el convenio Colombo Español se pierde el derecho transicional. Finalmente asegura que se debe tener en cuenta el tiempo laborado con la empresa Agemar.

1.2. Contestación de la demanda.

A su turno, el apoderado judicial de la accionada, formuló oposición a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones de méritos denominadas innominada, inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido, cobro de lo no debido, prescripción y buena fé. Como argumentos de su defensa, la entidad accionada asegura que la actora no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez

1.3 Sentencia de primer grado.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle, mediante fallo proferido en audiencia pública verificada el 23 de octubre de 2019, declaró no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones, condena a la entidad de las pretensiones de la demanda, condenando en costas al actor.

Como sustento a la decisión proferida sostuvo el fallador de primer grado que la demandante es beneficiaria al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón de que cumplió con los requisitos del mismo, además que tenía 750 semanas cotizadas a la entrada de vigencia del acto legislativo 01 de 2005. De la misma manera señaló que el convenio celebrado entre Colombia y España no restringe la posibilidad de acceder al derecho pensional y que el régimen de transición es aplicación de la Ley 100 de 1993, y es aplicación del Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, sobre las semanas no reportadas en la empresa Agemar, aseguró que se probó su pago por parte de la demandante. Indicó que las mesadas causadas con anterioridad al 25 de octubre de 2014 se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo y condenó a intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993

CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Competencia de la Sala



Respecto a la decisión de primera instancia, se remitió el expediente para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada por lo que ésta superioridad asume el conocimiento del proceso por vía del grado jurisdiccional de consulta en la forma ordenada por el artículo 69 del CPL toda vez que fue adversa a la entidad de seguridad social sobre la cual la Nación es garante

3. Problema jurídico

De acuerdo con los planteamientos expuestos en la demanda, como problema jurídico asociado se establecerá, en primer término, si la actora por haber cotizado una parte de su periodo laboral en España en aplicación de la Ley 1112 de 2006(Ley a través de la cual se aprueba el “Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España”), le es aplicable o no el régimen transicional?. Como segundo tópico, se determinará si la demandante acreditó los requisitos necesarios para acceder a la Pensión de vejez que solicita en aplicación del régimen de transición.?

Para finalizar se estudiará por parte esta Sala, la procedencia de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como el fenómeno de la prescripción extintiva de las obligaciones

4. Tesis

Considera la Sala que la actora es beneficiaria del régimen de transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y tiene derecho a la pensión solicitada, pero se modificará la sentencia de primer grado respecto de la fecha a partir del cual debe iniciar el pago. Igualmente se confirma el reconocimiento de intereses moratorios, modificando la fecha de causación de este derecho.

5. Argumentos de la decisión

5.1. Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España.

El principal argumento a través del cual Colpensiones niega la pensión de vejez a la demandante se fundamenta en que al haber cotizado a la seguridad social la señora Carmen Rosa en territorio español por un periodo de 1552 días tal como consta en Resolución N° 215325 de 2017, no se le puede aplicar el régimen de transición, si no que la norma aplicar a la señora Carmen Rosa es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

Debido a lo anterior, es del caso estudiar la regulación establecida por la Ley 1112 de 2006, Ley a través de la cual se aprueba el “*Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España*”.



Empecemos, el artículo 2 de la Ley ídem señala: “1. El presente Convenio se aplicará:(.....)

b) *En Colombia:*

A la legislación relativa a las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones (Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad), en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común.”

El artículo 4 convencional prescribe: “Los nacionales de una de las Partes Contratantes que pasen a quedar sometidos a la legislación de la otra Parte tendrán en esta última los mismos derechos y obligaciones establecidos en la legislación de esta Parte para sus nacionales.” Estableciéndose en el artículo 5 del convenio:

“Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, las prestaciones comprendidas en el artículo 2o no serán objeto de reducción, modificación, suspensión, extinción, supresión o retención por el hecho de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio de la otra Parte, y se le harán efectivas en el mismo.”

Por su parte el numeral 2 y 3 del artículo 9 de la Ley ídem estipula: 2. *Asimismo la Institución Competente de cada Parte determinará el derecho a prestaciones totalizando con los propios los períodos de seguro o cotización cumplidos bajo la legislación de la otra Parte. Cuando efectuada la totalización se alcance el derecho a la prestación, para el cálculo de la cuantía a pagar, se aplicarán las reglas siguientes:*

a) Se determinará la cuantía de la prestación a la cual el interesado hubiera tenido derecho como si todos los períodos de seguro o cotización totalizados hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación (pensión teórica) (negrilla fuera del texto);

3. Determinados los derechos conforme se establece en los párrafos precedentes, la Institución Competente de cada Parte reconocerá y abonará la prestación que sea más favorable al interesado, independientemente de la resolución adoptada por la Institución Competente de la otra Parte.”

De toda la normatividad transcrita, se concluye por esta Sala, primero: que el presente convenio solo es aplicable a personas que hacen parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad), en cuanto las contingencia a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común, en Colombia; segundo, que los colombianos que estén sujetos a la aplicación del convenio, están sometidos a la legislación colombiana en los mismos derechos y obligaciones que los colombianos que no cotizaron fuera del territorio colombiano, prohibiéndose que los beneficios del RPM y RAIS se le reduzcan, modifique, suspendan, extingan o supriman los derechos contenidos en aquellos regímenes; tercero, el convenio construye un ficción de tipo legal al considerar que los periodos cotizados en España para colombianos que deseen adquirir el derecho pensional en Colombia, se entienden como cotizados en Colombia para efectos de sumar o acumular las



semanas para efectos de adquirir el derecho pensional; y por último, que la institución competente en cada parte, (en Colombia quien asegura el riesgo de vejez es Colpensiones, en el RPM es Colpensiones y en España el INSS) es quien reconocerá la prestación más favorable al beneficiado en proporción al tiempo cotizado en cada una de los diferentes sistemas.

Respaldo de lo anterior es lo preceptuado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL2022 de 2020, MP Gerardo Botero Zuluaga, a través de la cual se señaló: *“Conforme este articulado, el Convenio tiene como destinatarios los trabajadores, sus familiares, beneficiarios y sobrevivientes de Colombia y España cobijados por las legislaciones de Seguridad Social de uno de esos Estados o de ambos, y cuyo objeto es establecer la posibilidad de **acumular** el tiempo cotizado o aportado en estos países para que sumados esos periodos, el asegurado pueda acceder a las prestaciones por vejez, invalidez o sobrevivencia.”*

Ahora bien, descendiendo al caso objeto de estudio, a folios 83 al 85 del cuaderno 1 se encuentra reporte de semanas cotizadas en pensiones de la señora Carmen Rosa Caicedo Gamboa, a través del cual se constata que la demandante durante toda su vida laboral cotizó al Régimen de Prima Media, salvo el periodo cotizado como trabajadora por cuenta ajena en España, hecho que consta en Resolución N° 215325 de 2017, y es aceptado por la entidad accionada.

Por todo lo anterior, y en virtud de la normatividad citada, le asiste razón al aquo cuando considera que, en el evento de que la señora Carmen Caicedo cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de vejez exigidos por la legislación colombiana en seguridad social, ésta puede ser beneficiaria del régimen transicional, pues es claro el sentir de la norma el pretender que a los Colombianos que cotizaron a la seguridad social en España se les trate en condiciones de igualdad con los connacionales que siempre cotizaron en territorio colombiano, como si siempre hubieran cotizado en territorio colombiano, a efectos de acumular periodo de tiempos cotizados, sin que se le pueda modificar, extinguir o suprimir los beneficios pensionales del Régimen de Prima Media de la Ley 100 de 1993, de la que pretende ser acreedora la señora Carmen Rosa, recordando, tal cual lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es aplicación en estricto sentido de la misma Ley 100 de 1993, y no de las normas que por remisión, se aplican al beneficiado del régimen transicional.

5.2 Régimen de Transición.

El régimen de transición fue concebido por el legislador colombiano con el fin de proteger los efectos negativos que pudiera conllevar el cambio de legislación. Con relación a la expedición de la Ley 100 de 1993, fue el artículo 36 el que reguló el tema, norma que señala que el régimen de transición es aplicable a aquellas personas que al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema



General de Pensiones, reunían las siguientes condiciones: i) Que tuvieran 15 o más años de servicios cotizados, o ii) 40 o más años de edad en el caso de los hombres o 35 años o más en el caso de las mujeres.

Así las cosas, los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a que, para efectos de la pensión de vejez, se les tomen en cuenta las condiciones de edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y porcentaje de pensión, señalados en las normas que les resultaban aplicables.

Con relación al régimen aplicable, se deben tener en cuenta las condiciones del afiliado en cada caso concreto. Así, si a 1° de abril de 1994, el trabajador se registraba afiliación al Instituto de Seguros Sociales antes de la entrada en vigencia al régimen, la norma aplicable son los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.

Es de precisar, además, que con la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005, se limitó la aplicabilidad del régimen de transición adicionando los siguientes requisitos:

"Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

De las normas reseñadas se puede concluir que el afiliado-beneficiario de la transición debe cumplir los requisitos del régimen anterior antes del 31 de julio de 2010; pero si a la entrada en vigencia del acto legislativo, 01 de 2005, esto es, 22 de julio de 2005, el trabajador demuestra una densidad de cotizaciones de al menos 750 semanas, puede conservar el derecho al régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, como última fecha de vigencia del beneficio de la transición.

5.3. Requisitos consagrados en el Acuerdo 049 de 1990

Con relación al estudio de la pensión con las normas del acuerdo 049 de 1990 el artículo 12 del decreto 758 de 1990 señala: *"ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:*

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."*



Caso concreto

Previo a resolver si la señora Carmen Rosa es beneficiaria del régimen de transición, es necesario abordar, tal como lo hizo el aquo, el número de semanas cotizadas por la accionante, pues se alega con la demanda que dentro del periodo comprendido entre el mes diciembre de 1985 a marzo de 1990, cotizó con la empresa AGEMAR, indicando que la misma incurrió en mora. Por su parte la primera instancia acogió la tesis de la accionante alegando que la misma probó que durante el tiempo reseñado se hicieron las cotizaciones correspondientes.

Descendiendo al caso objeto de estudio, a folio 87 de expediente se encuentra historia laboral tradicional, emitida por Colpensiones a través de la cual se constata el retiro de la señora Carmen Rosa del sistema de seguridad social el 15 de marzo de 1985 y su posterior ingreso el 18 de marzo de 1990. De otro lado, a folio 25 del cuaderno 1, se verifica aviso de cobro de 2 de marzo de 1990 expedido por el extinto ISS, a través del cual se requiere a la empresa AGEMAR, para que pague periodo no cotizados de los meses de diciembre de los años 1985, 1986, 1987 y 1988 y los meses de enero, febrero y marzo de 1989, sin atestación de pago y sin indicarse a que trabajadores correspondían esas cotizaciones; A folio 26 del expediente, se verifica aviso de cobro de 2 de marzo de 1990 expedido por el extinto ISS, a través del cual se requiere a la empresa AGEMAR, para que pague periodo no cotizados de los meses de noviembre y diciembre del año 1989 y el mes de enero de 1990, recibo que si tiene atestación de pago, sin embargo dentro del mismo se desconoce sobre que empleados recae la cotización, situación similar acontece con el recibo de caja del 6 de marzo de 1990 contentivo a folio 27.

Erra el juez de instancia al reconocer como periodos cotizados de la accionante los comprendidos entre el mes diciembre de 1985 al mes marzo de 1990, pues es de observar que dentro del expediente la demandante no acreditó haber trabajado para la empresa Agemar durante esas calendas, y de los pagos realizados por la empresa Agemar dentro de esos periodos no se puede concluir que la demandante estuvo vinculada con la empresa, y que si bien, se acredita que la empresa Agemar cotizó a la seguridad en ese periodo de tiempo, no se puede sostener que esas cotizaciones corresponden a los periodos trabajados por la accionante con la empresa Agemar. En razón de lo anterior, para determinarse por esta Sala Laboral, si la actora cumple con los requisitos para acceder al régimen de transición se tomarán las semanas efectivamente cotizadas a Colpensiones de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas contentivos a folios 83 a 85 del expediente, así como los días cotizados en España folio 92 del expediente.

Ahora bien, de conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía, fl. 10 del expediente, se puede extraer que la demandante nació el 4 de julio de 1954, por lo tanto, al 1° de abril de 1994 contaba con 39 años de edad cumplidos. A la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es a 22 de julio de 2005, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas contentivos a folios 83 a 85 del expediente, así como los días cotizados en España folio 92 del expediente, la



accionante contaba con 839, 51 semanas cotizadas al sistema, razón por la cual, puede conservar el derecho al régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (régimen de transición aplicable a la demandante) para el caso de las mujeres, para obtener el derecho a la pensión de vejez se requiere acreditar 55 años de edad y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de esa edad.

Al respecto, puede deducirse que el 4 de julio 2009 arribó la demandante a los 55 años de edad, calenda para la cual, acreditó 984,51 semanas y no las 1000 semanas requeridas en cualquier tiempo, sin embargo, al extenderse su régimen transicional hasta el 31 de diciembre de 2014 por haber cotizado más de 750 semana a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, constata esta Sala que al 30 de septiembre del año 2009 contaba con 1000 semana cotizadas en cualquier tiempo, verificándose también que cumplió con las 500 en los 20 años anteriores a la edad, cotizando un total de 510, 8 semanas, esto es, desde el 4 de julio de 1989 hasta el 4 de julio de 2009. Así las cosas, sin lugar a dudas, la señora es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como bien lo tuvo el aquo, y bajo ese régimen cumplió los requisitos para acceder a la pensión que reclama.

Mesada pensional y retroactivo pensional.

De acuerdo con el artículo 20 del Decreto 758 de 1990 y teniendo en cuenta que la demandante cotizó un total de 1240 semanas sumado el tiempo cotizado en España (folios 83 y 92 del expediente) tiene derecho a un porcentaje 87% de la ibl. Lo anterior teniendo en cuenta que para determinar el importe de la mesada pensional, en menester aplicar lo prescrito en el numeral 2 del artículo 9 y el parágrafo 2 artículo 16 de la Ley 1112 de 2006, normatividad que indica, primero, que se determinará la cuantía de la prestación a la cual el interesado hubiera tenido derecho como si todos los períodos de seguro o cotización totalizados hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación, tal como se realizó en precedencia y posteriormente COLPENSIONES deberá pagar solamente el porcentaje cotizado en Colombia.

Segundo, el importe de la prestación se establecerá en proporción al periodo de cotización cumplido en la Parte a que pertenece la Institución que calcula la prestación y la totalidad de los períodos de seguro o cotización cumplidos en ambas Partes (pensión prorata).

Precisándose en el parágrafo 2 artículo 16 de la Ley ídem que de los Certificados de tiempos servidos o aportados por el trabajador en cada una de las Partes, la parte colombiana podrá reconocer y pagar independientemente la prorata a que el



interesado tiene derecho según el apartado 2 del artículo 9o, cuando este cumpla con la edad requerida.

Lo anterior tiene respaldo en las subreglas establecidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2022 de 2020, MP Gerardo Botero Zuluaga, en la cual se indica como se acumulan los tiempos de servicio cotizados en los dos países y como se cuantifica el derecho pensiona bajo cada una de las legislaciones donde cotizó el afiliado precisando:

- *Acorde con esta disposición, la «pensión teórica», a la que se hace referencia, es aquella que surge de la sumatoria de tiempos cotizados en España y Colombia, a la cual tendría derecho un afiliado en virtud de este Convenio; para establecer la existencia de esa acreencia, debe la entidad competente de cada parte, totalizar los periodos cotizados en ese país con los del otro.*
- *Para efectos de entrar a determinar la cuantía de la pensión, deben suponerse que todos los periodos fueron cotizados bajo la legislación propia, y con base en ese cálculo se entra a establecer el valor de la cuota parte o «pensión prorata» como allí se denomina, que a cada Estado le correspondería cancelar de acuerdo a la proporción de periodos cotizados que en ellos se haya aportado, sin que en ningún momento se puedan superponer o contabilizar tiempos dobles.*

Teniendo en cuenta lo anterior, la entidad demandada, Colpensiones, reconocerá y pagará mesada pensional, en proporción al tiempo cotizado para dicha entidad, de acuerdo con las reglas establecidas, debiéndose reconocer y determinar el monto de la mesada pensional a prorrata del tiempo cotizado en el sistema de seguridad social Colombiano.

Respecto de la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, Los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, señalan que el disfrute de la pensión comienza a partir de la desafiliación al sistema”. La Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral **en sentencia SL2586-2019, radicación n° 75505, reiteró que** la pensión de vejez se causa desde el momento en que se satisfacen los requisitos de ley, su disfrute inicia a partir de la desafiliación del sistema y *«para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo»*.

En la misma sentencia la Corte reiteró el criterio “que todos los aportes para pensión efectuados por el asegurado deben computarse en la liquidación, aun cuando estos se sufraguen con posterioridad al cumplimiento de los requisitos mínimos pensionales; solo si redundan en beneficio para el pensionado”. Es decir, el trabajador tiene derecho a incluir en la liquidación pensional todos los tiempos aportados hasta la última cotización; regla general que se exceptúa “cuando los aportes que se hicieron luego del cumplimiento de esos requisitos mínimos generan un desmedro del IBL, ya que en tales eventos deberán excluirse de la liquidación”:



En las sentencias SL 22630, 7 sep. 2004, reiteradas en las sentencias SL4542-2018 y CSJ SL4029-2017 la Corte respecto de las cotizaciones que se deben incluir en el cálculo del IBL precisó:

l) que cuando el afiliado ha continuado aportando al sistema general de pensiones una vez satisfechos los presupuestos legales para obtener la pensión, acorde con los fines de la seguridad social, es deber reconocer hasta la última cotización, siempre que su no inclusión conlleve una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional.

li) Del anterior modo, si al afiliado le resulta más beneficioso que el ingreso base de liquidación se obtenga tomando sólo el promedio de lo devengado entre la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y el momento en que cumpla los requisitos para la pensión, haciendo abstracción de los aportes realizados con posterioridad a dicha calenda, así debe procederse (negrilla fuera de texto).

El aquo sentenció que la señora Carmen Rosa Caicedo es beneficiaria de la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición, además teniendo en cuenta que se encuentran prescritas todas la mesadas causadas antes del 8 de julio de 2012, y que se debería reconocer el retroactivo pensional a partir del 9 de julio de 2012, decisión que no comparte la Sala, pues al revisar la historia laboral la señora CAICEDO cotizó hasta el 21 de agosto del 2017, esas cotizaciones se hicieron con posterioridad al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo y se han tenido en cuenta en esta decisión para incrementar el monto de la pensión solicitada por la demandante. De manera entonces que el retroactivo deberá pagarse por Colpensiones a partir del 22 de agosto de 2017.

Además, se reconocerá la mesada 14 de acuerdo con lo ordenado por el parágrafo transitorios 6º del Acto Legislativo 01 de 2005, pues el derecho pensional nace a partir del 4 Julio de 2009, en cuantía de menos de 3 SMLMV, monto sobre el cual se tendrá que hacer los descuentos a salud.

5.5. Prescripción

Teniendo en cuenta que la pensión se causa desde el 22 de agosto de 2017 y que la demanda se presentó el 26 de octubre de 2017 (fl. 9 del expediente), las mesadas pensionales no se encuentran afectadas por la prescripción.

5.3. Intereses moratorios.

Respecto a la pretensión de intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la Sala realiza las siguientes precisiones:

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, establece que las administradoras de pensiones deben reconocer la pensión



en tiempo no superior a cuatro meses después de radicada la solicitud por el peticionario, y vencido el término, entran en mora y deben pagar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que dispuso:

“A partir del 1º de enero de 1994 en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”.

La imposición de los intereses moratorios debe hacerse desde el momento en el que vence el plazo legal para que la entidad de seguridad social otorgue el derecho pensional cuando se está frente a una sola petición de reconocimiento de la prestación. Cuando un afiliado se ve obligado a solicitar el derecho varias veces, por negligencia del ente administrador, en este caso la mora se causa, luego del vencimiento del plazo para responder contado desde la primera solicitud CSJ SL10022-2015, SL5577 de 2018.

En el mismo sentido, la Corte en la sentencia SL4980-2019 RAD ° 70411, preciso que habrá retardo por parte de la entidad competente para el reconocimiento y pago de la pensión, **cuando presentada la solicitud de manera completa**, no se dé respuesta de fondo, en el término establecido por la normatividad, de manera que si la negativa obedece a documentación incompleta o cuando no se acredita ante la administradora el correspondiente derecho, no puede hablar de mora.

Así mismo, precisa la Sala, que los intereses moratorios no tienen un carácter sancionatorio, de suerte que, por regla general, para imponer la condena por este concepto, no es necesario indagar sobre las razones de la conducta del deudor moroso; sin embargo, a partir de la sentencia del 13 de junio de 2012, rad. N° 42783, la Corte moderó esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir. En este mismo sentido precisa la Corte que existen circunstancias en las cuales la demora en dar respuesta se debe a la necesidad de establecer verdades reales como es la determinar el beneficiario de la prestación, o cuando nos encontramos ante un cambio jurisprudencial.

Finalmente en reciente sentencia SL1681 del 3 de junio de 2020, rad n.º 75127 la Corte modificó su posición jurisprudencial según la cual los réditos moratorios del artículo 141 de 1993 únicamente proceden frente a pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones en su lugar, postula que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican



a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

Descendiendo al caso objeto de estudio, insuficientes resultan los argumentos expuestos por Colpensiones para negar el derecho a la pensión de vejez de la accionante, argumentos que contrarían la Ley 1112 de 2006, desatino, como a bien lo sostuvo la primera instancia, que tiene como consecuencia el reconocimiento de intereses moratorios del artículo 141 ídem. En el sublite si bien la demandante solicitó la pensión el 10 de julio de 2015, no se pueden reconocer los intereses al vencimiento de los 4 meses, porque como se explicó en precedencia, la demandante siguió cotizando hasta el 21 de agosto de 2017, es decir, que los intereses solo pueden correr cuando esa mesada se causó, esto es a partir del 1o de septiembre de 2017.

5. Costas de segunda instancia.

No hay lugar a imponer condena en costas de segunda instancia, porque el conocimiento de los asuntos revisados responde al ejercicio del grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

Por las razones sustentadas el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**, en **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1o, 2o y 3o de la sentencia N° 88 de 1 de octubre de 2019 emitida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Buenaventura, los cuales quedarán de la siguiente manera:

*“**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la parte demandada.*

***SEGUNDO:CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** - representada legalmente por **JUAN MIGUEL VILLA LORA** o por quien haga sus veces, a **RECONOCER Y PAGAR** a favor de **CARMEN ROSA CAICEDO GAMBOA**, de condiciones civiles conocidas en autos, la pensión de vejez a partir de día siguiente a la desafiliación, es decir a partir del 22 de agosto de 2017, en un porcentaje del 87% del IBL. Igualmente, deberá pagar las mesadas insolutas ordinarias y especiales, con los respectivos incrementos legales anuales causadas a partir de la anterior fecha, con la advertencia que la liquidación de la pensión reconocida deberá observar los parámetros previstos en el artículo 9 de la Ley 1112 de 2006, tal como se indicó en precedencia, debiendo pagar a prorrata de las cotizaciones realizadas en Colombia.”*



TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** - representada legalmente por **JUAN MIGUEL VILLA LORA** o por quien haga sus veces, a **RECONOCER Y PAGAR a favor de CARMEN ROSA CAICEDO GAMBOA**, de condiciones civiles conocidas en autos, los intereses moratorios del artículo 141 a partir del 1o de septiembre de 2017 a la tasa vigente al momento en que se realice el pago.”

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia N° 88 de 1 de octubre de 2019 emitida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Buenaventura, objeto de grado jurisdiccional de consulta, por las consideraciones esbozadas en líneas precedentes.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

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



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

Código de verificación:

25aca2a06c5d574e8a918e51631c0f0d51dd403dba9f14a253b65f1032b2dbea

Documento generado en 24/11/2020 03:24:35 p.m.

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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrado Ponente**

**SENTENCIA NO. 185
APROBADO EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, Valle, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte
(2020)

**Radicación N°76-111-31-05-001-2017-00031-01. Proceso Ordinario Laboral
de CLAUDIA LORENA MERA PAZ contra FUNDACIÓN HOSPITAL SAN
JOSE DE BUGA.**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandada y demandante en contra la sentencia proferida en audiencia pública celebrada por el Juzgado Laboral del Circuito de Buga, Valle, el día treinta (30) de julio del año dos mil diecinueve (2019).

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

I. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

La señora CLAUDIA LORENA MERA PAZ formuló demanda ordinaria laboral contra FUNDACIÓN HOSPITAL SAN JOSE DE BUGA, pretendiendo en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades se reconozca la existencia de un contrato laboral entre la partes, entre el 1 de septiembre de 2004 al 12 de julio de 2016; se condene a la demandada al pago de los salarios, así como la nivelación, las prestaciones sociales insolutas y vacaciones, la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la contemplada en el artículo



65 del C. S. del T., la nivelación de los aportes realizados al sistema de seguridad social en pensiones, el pago de la retención a la fuente y pólizas de cumplimiento realizadas por la actora y al pago de costas y agencias en derecho.

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

Relata que laboró desde el 1 de septiembre de 2004 hasta el 12 de Julio de 2016 para la FUNDACION HOSPITAL SAN JOSE como médico general en el servicio de pediatría, indicando que las funciones fueron desarrolladas bajo los parámetros indicados por la demandada.

Manifestó que recibía órdenes de la Gerente Dra. YAMILETH GARZON SANCHEZ, así como del subgerente de salud y coordinador médico Dr. CARLOS GUILLERMO SANCHEZ R. y del coordinador de gestión humana quien coordinaba los turnos Dr. ORLANDO PEÑA.

Explicó que también recibía órdenes Directas del jefe del servicio de pediatría el Dr. CARLOS TORO (PEDIATRA), persona de la cual recibía las órdenes diariamente sobre como ejecutar su labor, y durante cada turno estaba bajo el mando del pediatra de turno.

Sostuvo que durante dicho lapso no fueron reconocidos vacaciones, primas, cesantías, intereses a las cesantías y demás beneficios legales.

Manifestó que en el desarrollo de sus funciones y para poder atender pacientes y realizar las anotaciones y actualizaciones de historia clínica le fue asignado un consultorio médico, un computador y una clave personal para poder acceder a la página web del hospital, realizando turnos de 12 HORAS y algunas 24 horas.

Que desempeñó sus funciones de manera excepcional, como lo certifica el Coordinador de Gestión Humana del Hospital Dr. ORLANDO PEÑA en Certificación expedida el 19 de febrero de 2014.

Señaló que el Dr. YESID RAMÍREZ, quien se desempeña como Pediatra en la Fundación Hospital San José de Buga certificó mediante oficio, que conoció a la actora desde febrero de 2010, indicando que la demandante estuvo bajo su supervisión destacando las cualidades profesionales.

Que el 10 de abril de 2014 el Dr. CARLOS HERNANDO TORO Coordinador del Servicio de Pediatría de la Fundación Hospital San José de Buga, emitió



certificación donde afirmó que la señora CLAUDIA LORENA MERA PAZ ha desempeñado bajo su supervisión durante 08 años ejerciendo como Medico General en el Servicio de Pediatría, realizando actividades tales como consulta de urgencias pediátricas, consulta externa pediátrica, medico asistencial pediatría entre otras, certificación que volvió a emitir el día 15 de junio de 2014.

Que constantemente era citada por la demandada a capacitaciones sobre cómo desarrollar sus funciones en el Hospital, que además la entidad demandada mediante circulares le impartía instrucciones precisas sobre el trato a los pacientes menores, la forma de realización de fórmulas médicas, el manejo de las incapacidades a los pacientes de la institución policía nacional, la conducta a seguir frente a pacientes irrag, no realización de triage a usuarios de medicina prepagada, el uso de siglas en historias clínicas, el diligenciamiento de la historia clínica y el uso de la intranet y el sistema de localización dentro de la casa de salud.

Expuso que la demandada, mediante Circular 124 fechada 26 de mayo de 2011 indicó a los Médicos Generales, entre ellos la demandante, que todo cambio de turno que efectúen debe estar previamente autorizado por la Subgerencia de Salud y/o coordinación de Gestión Humana.

1.2. Contestación de la demanda

La parte demandada con la contestación de la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones de “inexistencia de la relación laboral en razón a la existencia de contrato de prestación de servicios profesionales, inexistencia de pagarle a la señora CLAUDIA LORENA MERA PAZ prestaciones tales como: cesantías, intereses a las cesantías, sanción por el no pago de las cesantías, primas de servicios, vacaciones, nivelación salarial, devolución de rete fuente, devolución de aportes a la seguridad social, devolución de los dineros por póliza de responsabilidad, costas, agencias en derecho y cualquier otra suma que se derive de la demanda, cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y buena fe”. Precisó sobre las pretensiones del demandante, que no existió vínculo alguno de orden laboral con la demandante y que no se encuentran acreditados los elementos propios de todo contrato de trabajo, señalando que lo que se suscribió y celebró fue un contrato de prestación de servicios para los servicios de médico.

1.3. Sentencia de primer grado



Mediante sentencia adiada 30 de julio de 2019, el Juez Laboral del Circuito de Buga, condenó a la entidad demandada al considerar la existencia de la relación de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, condenando al pago de prestaciones sociales, la reliquidación de los aportes a la seguridad social, la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, negando las sanciones moratorias previstas en los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50/90 por considerar que la demandada actuó de buena fe.

1.4. Recurso de apelación.

1.4.1. Por la parte demandante.

El apoderado judicial de la demandante, reprochó la absolución de las sanciones moratorias; como sustento adujo que la demandada siempre actuó bajo el convencimiento absoluto que violó la norma y la jurisprudencia lo que se denomina mala fe, esto lo ha indicado las diferentes citas jurisprudenciales de la Sala Laboral CSJ en las cuales conminaba a la no practica de la contratación de prestación de servicio a las personas que realizaban labores cotidianas y necesarias; en este caso la demandante fue contratada desde el 2004 como prestadora sus servicios para realizar labores propias del giro normal de las funciones propias del hospital, como es la prestación del servicio en salud, lo que desdibuja el contrato de prestación de servicio y no tiene justificación alguna.

Sostiene que al verificarse el certificado de las planillas de turno donde relaciona las diferentes horas laboradas se evidencia que la actora trabajó 61 horas semanales situación que no entiende como puede pretender se hizo bajo la prestación del servicio, situación que demuestra que la demandada violaba la ley y actuaba de mala y muestra de ellos de esa conducta sistemática fue cuando se solicitó la relación de los salarios de la demandante pero nunca lo contestó a pesar de haberse solicitado bajo un derecho de petición y tampoco el primer contrato ni le indicaron cuantos médicos habían de planta, comportamiento que demuestra la mala fe.

Reitera que existen sendas jurisprudencias donde le señalaban que esta conducta no puede realizarse; además del estudio las pruebas fue señalado que la actora debía asistir a las capacitaciones y los turnos y de no hacerlo implicaría no contar con ella para la próxima contratación y existe otra prueba documental donde la demandada pagaba el 50% de los cursos a la demandante cuyo interés corresponde a un empleador se capacite los trabajadores para una mejor prestación del servicio y a luz de la jurisprudencia existe un comportamiento sistemático de mala fe desde el 2004 hasta el 2016 de mala fe, y de esta manera



solicita modificar la sentencia y reconocer las la moratoria y se condene el pago de la sanción del artículo 50 de 1990.

1.4.2. Por la parte demandada.

La apoderada judicial de la parte demandada solicitó adición de la sentencia de primera instancia para que el juez se pronuncie sobre la excepción de buena fe; el juez de instancia consideró que si había sido considerada la excepción al resolver sobre la procedencia de las sanciones, que es donde resulta pertinente la excepción propuesta, al punto que negó la sanciones, decisión que fue apelada por la demandada, considerando que no había sido resuelta.

Igualmente presentó recurso de apelación contra la sentencia y solicitó la revocatoria total de la sentencia, aduce que el despacho no tuvo en cuenta las pruebas documentales y testimoniales aportadas en la audiencia al fundamentar la sentencia en uno de los elementos del contrato de trabajo que es la subordinación pasando por alto varias pruebas presentadas donde las certificaciones de sura, Coomeva y unas cooperativas dan fe de la prestación de servicio y contratos laborales con estas instituciones lo que desconfigura algún contrato de trabajo con la entidad dado que la actora podía disponer de su tiempo y prestar servicio a otras instituciones de manera simultánea, lo que no sucede con los contratos de trabajo por ser estrictos y exclusivo de una institución.

Que además la actora confesó que prestó sus servicios de manera simultánea y otra prueba que desvirtuó el despacho y son los mensajes de WhatsApp y los correos electrónicos al haber aceptado que provenían de su correo electrónico donde ella de manera libre disponía de su tiempo y de la prestación del servicio, lo que desvirtúa cualquier subordinación que es la base de la sentencia emitida; que también quedó probado con los testimonios rendidos en los cuales la señora CLAUDIA disponía de su tiempo y semana que día podía prestar los servicios con la aceptación de turnos y luego se pasaba a recursos humanos, pues, así quedó probado en los correos electrónico que el despacho desvirtuó.

Otro punto que no tuvo en cuenta el operador jurídico son los contratos de prestación de servicio entre ellos los elementos y herramientas para prestar el servicio, al respecto varios médicos que rindieron su declaración manifestaron que esas herramientas son obligatorias de cualquier punto asistencial en Colombia es decir no es algo que se inventó el hospital porque es obligatoria poner a disposición al personal para prestar los servicios, los testigos YECID y TORO lo hacían por asepsia.



Expuso que importante la asistencia de las reuniones y capacitaciones y es increíble que ese punto se tenga en cuenta, debido que la institución las realizó con el fin de formar a uno de los médicos para a mejor prestación de los servicios. Esta obligación de asistir tenía la finalidad de formar a las personas que prestaban los servicios y no podía tener en cuenta para determinar la subordinación.

Resalta que las solicitudes y certificaciones de soporte vital básico y avanzado de los que hacen parte de la sentencia dicho requerimiento no fue inventado por las instituciones, por el contrario, todas las entidades en salud las tienen y donde vaya la demandante siempre lo van a solicitar, los cuales son solicitados por los distintos órganos de control que determinan que una persona presta un servicio en salud y no puede creer que esta sea tomada en cuenta.

Agregó que en la contestación de la demanda fueron allegadas sendas sentencias en cuanto a la prestación del servicio la sentencia No. 16062 del 2009, y trajo a colación una parte de la misma, igualmente 21910 de 2004 hizo referencia de las órdenes. Indicó que esas sentencias y otras más, refiere de la validez de los contratos que esas directrices y ordenes médicas son propias de un contrato y esa subordinación el contratista requiere que esa prestación se realice de manera óptima, es decir, exige que cumpla sus parámetros. Concluye diciendo que deben tener en cuenta los testimonios y las pruebas donde no se evidencia el contrato de trabajo.

1.5. Trámite en segunda instancia.

Admitido el recurso de apelación, en aplicación de Decreto Legislativo 806 se corrió traslado para presentar alegatos de segunda instancia, oportunidad en la cual el recurrente insiste en su desacuerdo al no haber recibido la entidad demandada condena por su mala fe; al estudiar las pruebas documentales y testimoniales practicadas y aportadas al proceso, es posible observar frente a la demandada con absoluta claridad y sin asomo de duda su mala fe y su conocimiento claro respecto de la ilegalidad de su actuar y forma de contratación contraria a derecho y jurisprudencia.

Explica que al no reconocer a la demandante el estatus de trabajador, no pagó el salario que correspondía conforme, no pagó prestaciones sociales, no realizó aportes a la seguridad social, no otorgó vacaciones, si realizó retención en la fuente, si obligó a pagar pólizas que nunca debieron contratarse, y a pagar seguridad social como trabajador independiente de manera irregular.



Sostiene que la conducta sistemática deja ver con absoluta claridad que hubo subordinación laboral durante todo el tiempo, que no hubo buena fe al haberse impuesto los extensos turnos de 12, 24 y hasta 96 horas, como tampoco que la obligaran a acudir a reuniones propias de empleados, o le descontaran valores de lo que ilegalmente llamaban honorarios, de igual forma que de manera flagrante e ilegal le hicieron efectuar pagos a la seguridad social y pólizas de responsabilidad.

Por último solicita modificar la sentencia para condenar a la demandada por hallarse desvirtuada la buena fe, al pago de un día de salario por cada día de retraso, con amparo en la sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 por la moratoria en el pago de las cesantías sin efecto prescriptivo, al igual que la indemnización prevista en el artículo 65 del CST numeral 3° por falta de pago de las prestaciones y obligaciones, en la forma que fueron solicitadas en la demanda y recurso de apelación.

La parte demandada dentro del término oportuno insistió que dentro del plenario quedó probado que la actora prestó sus servicios profesionales a la entidad nunca bajo un contrato de trabajo, por el contrario pactaron el reconocimiento de honorarios por la prestación de sus servicios profesionales como médico y nunca de salarios, es decir, la única vinculación contractual era de carácter civil, la cual estaba ceñida estrictamente a las condiciones establecidas en el contrato de prestación de servicios profesionales.

Reiteró que nunca existió una relación laboral al no haberse configurado los tres elementos estructurales del mismo y que los servicios profesionales prestados por ella fueron ejecutados de acuerdo a las condiciones previamente acordadas entre las partes.

Señaló que los servicios prestados por la actora los alternaba sin problema alguno con los estudios de especialización en salud ocupacional y los cargos que desempeñaba en entidades como COOMEVA, COMFANDI IPS, SURA EPS, bajo el mismo modelo contractual, lo cual fue confesado por la demandante, servicios que lograba alternar, pues contaba con la libertad de escoger los días y en que horarios prestaba los servicios, elementos que desconfiguran la subordinación. Adicionalmente cuando la actora no podía prestar sus servicios informaba vía telefónica sobre dicha situación.

Aclaró que las directrices impartidas nunca implicaban subordinación, sino que es la forma como la institución garantiza la eficiente prestación de los servicios



en salud a los usuarios. Por último, solicitó la revocatoria de la sentencia y en consecuencia se absuelva a la entidad de cualquier concepto.

I. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Competencia de la sala

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

3. Problema jurídico.

Visto el reproche de alzada, a esta Sala le corresponde determinar, Si procedía la adición de la sentencia solicitada por la parte demandada. Resuelto lo anterior verificará la Sala si entre las partes, se suscitó un contrato laboral, o si por el contrario la relación contractual de las partes se desarrolló dentro de la autonomía e independencia de un contrato de prestación de servicios civiles.

En caso positivo determinará como problema jurídico asociado si ¿hay lugar a imponer el pago de las sanciones moratorias previstas en los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50/90?

4. Tesis de la sala.

La Sala confirmará la decisión proferida por la primera instancia.

5. Argumentos de la decisión.



5.1. Principio de la primacía de la realidad – contrato de trabajo.

Resulta necesario recordar que el contrato de trabajo es aquel en virtud del cual una persona natural presta un servicio personal a otra a cambio de una remuneración, confluyendo tres elementos a saber la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario, siendo carga probatoria del trabajador el demostrar la prestación personal del servicio, en unos extremos temporales y a favor de la persona demandada como empleador, pues a partir de ella se presume la existencia del contrato de trabajo de conformidad con lo previsto en el art. 24 del C.S.T.

Precisa la Corte Suprema de Justicia en fallo SL6621 del tres (3) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación n.º 49346, Magistrados ponentes CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO del Que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo al disponer que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, *“otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral.*

Adicionalmente la Corte, en sentencia de cinco (5) de abril de dos mil once (2011) con radicación No. 41224, sobre la carga probatoria de demostrar los extremos temporales de la relación de trabajo aseguró que *“la carga de la prueba del tiempo servido por el trabajador al empleador la soporta el primero, de modo que la falta de demostración del tiempo de servicios comporta que no hay posibilidad para condenar al pago de prestaciones, salarios e indemnizaciones.*

5.2. Subordinación

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Español, la acepción subordinación designa: *“Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien”.*

Uno de los signos distintivos de la subordinación laboral que caracteriza al contrato de trabajo, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, es la facultad que tiene el empleador de exigirle a la persona que le presta un servicio *“...el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo...”* y el deber correlativo del trabajador de acatarlas. Desde luego, si una persona debe obedecer un mandato respecto de la tarea que ejecuta, es claro que no es totalmente autónoma en la determinación de su actuación laboral y tal situación encaja perfectamente dentro del concepto de subordinación laboral establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.



Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, mediante sentencia fechada 16 de agosto de 2017, radicada bajo la partida N°48531, M.P. Dr. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Explicó: *“Para comenzar, es claro que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 1 de la Ley 6 de 1945 al consagrar, que «hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración, y quien recibe tal servicio», y tal como lo repitiera en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*

Caso concreto.

Atendiendo a lo propuesto en el recurso de alzada, es necesario establecer en primer lugar si era procedente la solicitud de adición de la sentencia. Al revisar la sentencia de primera instancia, constata la Sala, contrario a lo expuesto por el apelante, que el juez si se pronunció sobre la excepción de buena propuesta por la demandada al resolver la procedencia de las sanciones por no pago de prestaciones sociales y consignación de cesantías, al punto que absolvió a la demandada de esta pretensión por encontrar acreditada la buena fue. De manera que, tal como lo dispuso el juez de instancia, no existió omisión en resolver algún punto del litigio, debiéndose confirmar el fallo de primer grado en este aspecto.

Resuelto lo anterior, precisará la Sala si la parte demandante demostró la prestación personal del servicio a favor del empleador demandado, y en unos extremos temporales determinados, caso en el cual se beneficia de la presunción del artículo 24 citado, habida cuenta que, probado el servicio, se presuman los restantes elementos, esto es, la subordinación y el salario.

Descendiendo al caso objeto de estudio en los hechos de la demanda se afirmó que la demandante se vinculó con la Fundación Hospital San José para prestar sus servicios como médico general desde el 1 de septiembre de 2004 al 12 de



julio de 2016, hechos que fueron aceptados como ciertos por la llamada a juicio en la contestación de la demanda.

Con la aceptación de los hechos realizada en la contestación de la demanda, la actora asumió su carga probatoria de demostrar la prestación personal del servicio desde el 1 de septiembre de 2004 al 12 de julio de 2016, razón por la cual se presume que entre las partes existió un contrato de trabajo.

Para acreditar que el servicio no fue subordinado, se aportaron contratos de prestación de servicios suscritos (fls. 31 al 41) el cual tiene por objeto la prestación del servicio en la ejecución de la actividad como médico general en las instalaciones de la demandada; sin que los documentos, por sí solos, sean suficientes para tener por cierto que en la práctica se ejecutó un contrato civil y no laboral.

De la misma manera, para demostrar que la demandante no estaba sometido a subordinación laboral, la parte demandada solicitó las declaraciones de los señores PEREGRINO YESID RAMIREZ PARRA, CARLOS HERNANDO TORO MONTERO, EDGAR PAZMIN GONZALEZ y ORLANDO PEÑA.

El deponente EDGAR ENRIQUE PASMEN GONZALEZ quien funge como Coordinador o Director Médico de la demandada, dentro de la audiencia de juicio oral, expuso que conoce a la doctora Claudia Lorena Mera porque era médico asistencial de medicina interna y luego en pediatría, en donde cumplía funciones de colaborar con la prestación del servicio a los pacientes, siguiendo órdenes que el mismo impartía, como formular a pacientes, es decir la doctora Claudia miraba la causa de consulta del paciente y luego el daba las órdenes de las conductas que se iban a seguir y ella colaboraba con el cumplimiento de dichas órdenes. Que la actora solicitaba permiso y el mismo se los otorgaba porque él era el médico encargado de la sala. La oficina de gestión de talento humano del Hospital San José, era la encargada de organizar los turnos. No recuerda que la doctora haya faltado alguna vez a alguno de los turnos programados durante su servicio, ni tampoco que haya enviado reemplazo para que cumpliera alguno de sus turnos. Aseguró que el hospital era el encargado de dar los implementos. Explicó que, para autorizar exámenes médicos o medicamentos por parte de la doctora, debía ser autorizado por parte del médico pediatra, dependiendo de la complejidad del paciente o la patología que se trate. En los turnos con los otros médicos pediatras también debían autorizar y la doctora Claudia Lorena debía seguir las órdenes impartidas por los otros médicos. En cuanto a la parte administrativa se imparten órdenes del director médico, que era el doctor Carlos Guillermo Sánchez, quien cumplía funciones de verificar que se prestara un buen



servicio por parte de los médicos y si no era así, este les llamaba la atención de manera escrita o verbal. Expresa que cuando la doctora no podía asistir al turno, el médico que la reemplazaba era escogido por el hospital porque para eso el hospital tenía su oficina de gestión médica que es quien se encarga de hacer los diferentes cambios dependiendo de la disponibilidad de médicos que tenga. La médico Claudia Lorena, debía consignar todas las órdenes medicas impartidas, en las historias clínicas.

De otro lado, el doc. CARLOS HERNANDO TORO MONTERO, señaló en su declaración que desempeña el cargo de médico pediatra y coordinador de pediatría y este último era el responsable de la prestación de los servicios. Conoce a la doctora Claudia Lorena porque trabajó en el hospital como médico general, en el área de pediatría, en la que cumplía funciones de atender pacientes y presentar pacientes en caso de dudas académicas o asistenciales ante el responsable del turno que en este caso era el pediatra, quien tiene más experticia y estudios académicos. Indicó que la doctora concertaba su disponibilidad para trabajar con la oficina de personal del hospital. Si un médico no podía asistir, se asumía el turno sin él o se hace una oferta para ver quién puede cubrir y esto lo realiza el mismo hospital, a través de gestión humana. En caso de que la doctora no se presentara al turno, no era obligatorio que enviara un reemplazo para cubrir su turno, porque por fuerza mayor puede faltar y no puede conseguir quien lo cubra. La fundación le proporcionaba a la doctora elementos para prestar el servicio como lo son: las balanzas, baja lenguas, tallímetros, camillas, etc. El computador era utilizado para la historia clínica electrónica que se debe registrar. Tanto como las enfermeras, fisioterapeutas, médicos generales y médicos especialistas utilizaban el computador para registrar dichas historias clínicas y la clave para ingresar a este, es personal y es asignada por sistemas de la fundación. Explicó que él era el responsable que se prestara el servicio que él era el superior en cuanto a conocimiento y experticia, pero ella debía ser responsable en prestar el servicio. Cuando la doctora no tenía los conocimientos suficientes sobre alguna patología, el médico especialista debía hacerlo. Aclaró que el certificado entregado por él a la actora fue con fines académicos para presentar a la especialidad de pediatría. Cuando la demandante no asistía a un turno el hospital no realizaba una sanción, y que ella trabajó en otras partes, cree que fue en Coomeva. Cuando dijo que la doctora estaba bajo su cargo es porque él, como especialista y cabeza de turno, es quien decide finalmente sobre los procesos médicos. El contrato que maneja con el hospital desde que empezó es por prestación de servicios y piensa que la doctora Claudia Lorena, también manejaba el mismo contrato. Si la doctora no registra esas órdenes médicas o no las acata, la responsabilidad es de él y esta depende de la consecuencia o alcance que tenga la omisión de esas órdenes,



pueden ser incluso jurídicas. Explicó que las órdenes médicas se refieren a los procedimientos que se le realiza al paciente, toma de exámenes clínicos o solicitud de otro especialista, para el satisfactorio desempeño en la atención del paciente.

El deponente ORLANDO PEÑA, quien es el coordinador del talento humano, expuso que conoce a Claudia Lorena porque fue una médica adscrita al área de pediatría del hospital, contratada por prestación de servicios. Señaló que la doctora para programar sus turnos, debía pasar mensualmente su disponibilidad para realizar sus turnos a él, ya que es el líder de talento humano e informaba que turnos podía hacer y cuáles no, porque ella trabajaba en otras clínicas de la ciudad y también cuando se presentaba a las universidades, cuando se presentó al área de pediatría como residente también solicitaba permisos y se cuadraba sus turnos, al igual que cuando empezó hacer su especialización en salud ocupacional. Cuando hablaba de permisos se refería al cambio de turnos que realizaba cuando no podía cumplir con unos, estos los hacía entre los médicos colegas y le informaban para el anotarlo en la bitácora de quien iba hacer el turno respectivo del área, para cuando le preguntaran el informar quien estaba en el área. La fundación hospital no emitía ninguna sanción personal o económica, ni llamados de atención si la doctora no cumplía con los turnos programados. Las capacitaciones en temas médicos realizadas por el hospital, son para capacitar al personal médico, para las actualizaciones que salgan o para lo que se está viendo en las patologías recurrentes en la institución, pero no tenía ninguna sanción el no asistir a dichas capacitaciones. La doctora Mera, durante el tiempo que laboró en el hospital, nunca dejó un turno y si no podía asistir algún ella mandaba a alguien o cuadraba con sus compañeros de trabajo que era quienes la cubrían, en el horario estipulado, pero por hacer esa gestión, no tenía ningún tipo de penalización por parte de gestión humana. La institución suministra equipos para la labor de ellos, pero no sabe que equipos como tal necesitaba la doctora para la atención de un paciente. El simplemente pasaba ronda para saber si los médicos estaban completos y llegaron a su turno. Era responsabilidad de ella, llegar a cumplir con los turnos programados, de acuerdo a su disponibilidad.

El doctor PEREGRINO YECITH RAMIREZ PARRA, refirió que es médico especialista en el área de pediatría, desde febrero de 2010, sostuvo que conoce a la doctora Claudia Lorena, porque cuando ingresó a trabajar al hospital, ella ya se encontraba laborando como médico general asistencial en el área de pediatría y tenía contacto con ella porque por ser el especialista le resolvía las dudas al médico general y todo para la mejor atención del paciente que consulta. La doctora le consultaba, cuando se tenía que definir una consulta de un paciente,



para resolver dudas, establecer exámenes o que manejo se le debe dar, pero a medida que pasaba el tiempo ellos van adquiriendo conocimientos. Explicó que la doctora siempre se presentó a los turnos que programó con los de él y cuando no se puede asistir simplemente se comunica con un compañero para que lo reemplace. Los elementos que debía utilizar para prestar su servicio eran el tensiómetro, fonendoscopio, balanza, todo lo que proporciona el hospital, pero por lo general siempre se lleva los elementos, pero de todos modos el hospital lo suministra. No le llamó la atención a la doctora, como especialista, pero si de pronto si vio una conducta que se aparta del lineamiento para una mejor atención o la mejor recuperación del paciente, le hacia la observación. Por disciplina, como se concertaban los turnos, se le debe comunicar por lo menos al coordinador de los especialistas que se va a ausentar y tratar de mandar un reemplazo. Si la doctora no cumplía con esas órdenes médicas la responsabilidad es de él, porque en ese momento si ella no hacía o pasaba por alto, le tocaba a él. La certificación de soporte vital básico y avanzado es un requisito de cualquier hospital para poder laborar, que se debe actualizar cada 2 años. Las capacitaciones programadas por el hospital son realizadas a nivel mundial y se hacen para estar activos en el quehacer médico. La doctora tenía tiempo para comer y cuando había demasiados pacientes, mientras que uno se iba almorzar, otro cubría el turno. La certificación realizada a la doctora Mera fue estrictamente por temas académicos.

Las anteriores ponencias lejos de intentar derruir la presunción que pesa en favor del demandante refuerzan su dicho, pues claramente se puede observar que la IPS si ejercía control respecto de la labor desempeñada por la demandante, tanto en la parte científica, como la parte administrativa, pues se coordinaba la labor médica, y se revisaba y corregía el ejercicio de la labor realizada por la accionante, bajo la orientación de los especialistas.

Además de lo anterior, la parte demandante como respaldo de su dicho y de la presunción que obra en su favor aportó los siguientes medios materiales probatorios:

Milita a folios 44 a 47 fueron allegados los certificados expedidos el 10 de abril y 15 junio de 2014 por el Coordinador Servicios de Pediatría quien indicó que la demandante trabajó bajo su supervisión durante 8 años, desempeñando diferentes funciones como médico general de los servicios de pediatría de la institución.

A folios 48 a 72, se encuentran las citaciones para capacitaciones, así como también para reuniones, jornadas académicas y charlas médicas obligatorias, el



requerimientos de certificados solicitados por la entidad, circulares dirigidas a los médicos generales sobre la atención de menores de edad, instrucciones para el diligenciamiento de registros clínicos y formula de control especial, las directrices para emitir incapacidades a Policías, la conducta a seguir pacientes IRAG, la advertencia de la no realización de TRIAGE a usuarios de medicina prepagada, el uso de siglas que se evalúan por parte del comité de historias clínicas, diligenciamiento de formatos CTC, información sobre nuevo desarrollo en THEO HCE, reiteración de los cambios de turno deben estar autorizados previamente por la Subgerente de Salud y/o Coordinación de Gestión Humana.

Reposa a folio 77 el certificado expedido por el Coordinador de Gestión del Talento Humano por medio del cual señala que la doctora CLAUDIA LORENA MERA PAZ se encuentra vinculada en la institución mediante contrato de prestación de servicios desde el 1 de septiembre de 2004, documento firmado el 16 de marzo de 2016.

Dentro del descorrer procesal también se recibió el interrogatorio de parte de la deponente quien expuso haber laborado con la entidad demandada, aclarando que también prestaba sus servicios como médica a otras entidades e instituciones de salud, debido a que durante unos meses en el hospital tardaron en cancelar el salario y por esto decidió solo trabajar medio tiempo allí y buscar otro trabajo donde si le cancelaran de manera oportuna. Cuando no podía asistir a su turno por motivos de incapacidad u otros, esta se acercaba a gestión de talento humano y ellos se encargaban de buscar un médico o un rural para que la reemplazara. Explicó que una vez que se atiende un paciente, se debe dejar todo plasmado en la historia clínica de manera clara y precisa, cumpliendo con todos los reglamentos establecidos.

Las documentales reseñadas junto con todas la practicadas dentro del juicio oral, respaldan los hechos base de las pretensiones de la demanda, pues con la aceptación de los hechos dentro de la contestación de la demandada, a través de los cuales se acreditó la prestación del servicio, además, de que se logró demostrar que la demandante estaba sometido al cumplimiento de órdenes e instrucciones por parte de los especialistas de pediatría y las directrices emitidas mediante las circulares dirigidas a los médicos generales, se evidencia que era la fundación quien le proporcionaba los elementos para prestar los servicios; mensualmente debía pasar su disponibilidad para realizar los turnos; cuando solicitaba permisos debía cuadrar los turnos, además le correspondía informar a la oficina de Talento Humano su disponibilidad y cambio de turnos, debiéndose confirmar lo decidido por la primera instancia en relación a la declaración de un contrato de trabajo entre el 1 de septiembre de 2004 al 12 de julio de 2016; y



contrario a lo censurado por la convocada a juicio, las pruebas concernientes a los correos electrónicos, mensajes de WhatsApp no desvirtúan la relación aludida, pues en todo caso no se pactó exclusividad.

6.2 Buena fe, sanción moratoria artículo 65 del CST y sanción por la no consignación de cesantías artículo 99 de Ley 50 de 1990.

Considera el apoderado judicial de la demandante, dentro del recurso de apelación, que se debe revocar la absolución lo que a este tópico se refiere debido a que la Fundación Hospital San José de Buga obró de mala fe, al tener conocimiento respecto de la ilegalidad de su actuar y forma de contratación contraria a derecho y a la jurisprudencia.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha señalado que la sanción moratoria del artículo 65 del CST no es automática, pues así lo precisó en la SL1451-2018 del 25 de abril de 2018, citando a su vez la sentencia SL8216-2016. De igual manera, el máximo tribunal ha precisado que la sanción por la no consignación a un fondo de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 tampoco es automática. Para su aplicación el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe.

En lo que respecta a la buena fe alegada por la demandada, es pertinente iterar que la buena fe siempre equivale a obrar con lealtad, rectitud y de manera honesta en contraposición a obrar de mala fe, puesto que, quien actúa así pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

Descendiendo al caso objeto de estudio, en la contestación de la demanda señaló que la actora se vinculó mediante contrato de prestación de servicios, sin que se puede hablar de buena fe por la sola utilización de una modalidad contractual, al respecto deben existir motivos suficientes que lleven a concluir que realmente el empleador creía que la forma establecida era legal.

Para la Sala, avalando lo decidido por el Juez de primera instancia, en el caso concreto, la demandada demostró convicción de encontrarse frente a un contrato no laboral; y se dice lo anterior, pues si bien no se pactó exclusividad, de manera que es posible que un trabajador celebró o ejecutó en la realidad dos o más contratos con diferentes empleadores; al analizar el interrogatorio de parte de la demandante, así como la prueba testimonial allegada al proceso se constata que existió un grado de autonomía, que si bien no desvirtúa la existencia del contrato



de trabajo, lograr evidenciar que habían motivos creíbles para que el empleador considere legal la forma de vinculación. En efecto, la demandante señala en interrogatorio de parte, no solo que durante el tiempo que prestó el servicio con el Hospital, tuvo contratos con varias entidades de salud; sino también que fue flexible en las jornadas de prestación de servicios a favor del Hospital, al punto que cambió a medio turno su servicio.

Igualmente se constata, por el mismo dicho de la demandante, confirmado por el Jefe de talento humano, que había una coordinación de los turnos mes a mes conforme la disponibilidad de la demandante, razón por la cual, incluso la asignación mensual era variable; circunstancia que si bien no desnaturaliza la existencia de contrato de trabajo porque la actora no era independiente en la ejecución del mismo, sin son demostrativos de buena fe

Por lo expuesto, había razones suficientes para que el operador jurídico de primera instancia no condenara a la demandada a la sanción moratoria del artículo 65 del CST y a la sanción por la no consignación a un fondo de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, debiéndose confirmar la sentencia en este aspecto.

6. COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Buga del día treinta (30) de julio del año dos mil diecinueve (2019) presentado por la señora CLAUDIA LORENA MERA PAZ contra la FUNDACION HOSPITAL SAN JOSE DE BUGA

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

740e66a08b1489baa9f15fdfae2fad0171fe2b3f6b207727ee61f70bf0ff81ad

Documento generado en 24/11/2020 03:44:36 p.m.

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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente**

**SENTENCIA NO. 186
APROBADA EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

REF: Proceso Ordinario Laboral promovido por **DAVID YANINE DIAZ** en contra de **COLPENSIONES**.
RAD.: 76-520-31-05-003-2018-00121-01.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada en audiencia Pública celebrada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira - Valle, el día cuatro (4) de marzo del año dos mil veinte (2020).

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

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda.

El demandante por medio de apoderado judicial formuló demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a fin de obtener con sus pretensiones el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por tener cónyuge a cargo, junto con el retroactivo.

En respaldo de sus pretensiones, refirió que mediante Resolución No. 009731 del 08 de mayo de 2001 se le reconoció pensión de vejez.

Agregó que contrajo matrimonio con la señora LUPE VALENCIA DE YANINE desde el 1 de agosto de 1970, quien depende económicamente de él.

Expuso que presentó reclamación administrativa para obtener el derecho pretendido, sin embargo, fue negada por la entidad.

1.2. Contestación de la demanda.



Admitida la demanda originaria por Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira – Valle, y notificado en debida forma el auto que así lo dispuso, la entidad demandada contestó aceptando los hechos 1º, 2º, 3º 6º y 9º de la demanda, sobre el restante indicó no constarle; se opuso a la totalidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones de fondo: “inexistencia de la obligación de reconocer el incremento pensional del 14% por cónyuge y/o compañera que reclama y prescripción”. Como fundamento de su defensa precisó que los incrementos pensionales solo se encuentra establecidos para aquellas personas que adquirieron e derecho antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 y que además están derogados.

1.3. Sentencia de primer grado.

El día 4 de marzo de 2020, el ad-quo profirió sentencia en donde absolvió a la entidad demanda de las pretensiones incoadas, declarando probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, toda vez que el incremento pensional del 14% se encuentra derogado.

1.4. Trámite de segunda instancia

Admitido el grado jurisdiccional de consulta, en aplicación de Decreto Legislativo 806 se corrió traslado para presentar alegatos de segunda instancia, oportunidad en la cual el demandante se ratificó de lo expuesto en la demanda y las pruebas testimoniales que se practicaron y considera que dentro del plenario quedó demostrado que el actor tiene derecho al incremento pensional.

Dentro de sus argumentos señaló que el incremento del 14% no perdió vigencia con la entrada de la ley 100 de 1993 y tampoco se vio afectado con el acto legislativo 01 de 2005; reiteró la convivencia del actor y su cónyuge, así como también la dependencia económica de su esposa.

Por su parte la apoderada judicial que defiende los intereses de la entidad llamada a juicio solicitó se confirme la sentencia absolutoria, en virtud a que los incrementos pensionales del 14% solicitados por el demandante DAVID YANINE DIAZ por cuanto no cumple con los requisitos exigidos, toda vez que, los incrementos solicitados se encuentran derogados ya que la pensión fue reconocida con posterioridad al 01 de abril de 1994, y resaltó que el incremento pensional reclamado no se encuentra contemplado dentro de la Ley 100 de 1993.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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



2. Competencia de la Sala

Conoce la Sala el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante al ser la decisión proferida en primera instancia, totalmente adversa, lo que otorga competencia plena a la Sala en orden a determinar si la decisión de primera instancia se emitió ajustada a derecho.

3. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar, ¿Si se demostró dentro del juicio oral que al señor DAVID YANINE DIAZ le asiste el derecho al incremento pensional por tener cónyuge a cargo?

4. Tesis de la sala

La Sala confirmará la decisión absolutoria proferida por la primera instancia.

5. Argumentos

Vigencia del incremento por persona a cargo - requisitos para tener derecho al incremento pensional artículo 21 acuerdo 049/90.

Se ha discutido por la jurisprudencia Nacional el tema de la vigencia de los incrementos luego de la expedición de la ley 100 de 1993. En línea constante de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha sostenido que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, fue fijado por la Corte en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL. 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345, SL942-2019 Radicación n.º 65842 y SL3100-2019, Radicación n.º52502, precisando esta Sala que se trata de una posición uniforme contenida en más de tres decisiones de la Corte, que constituyen doctrina probable y que se acoge en su integridad por parte de la Corporación. Recientemente, la Corte Constitucional en sede de revisión, específicamente en la SU 140 DE 2019, por mayoría de votos, cambió la tesis para argumentar que los incrementos no se encuentran vigentes luego de la expedición de la ley 100. Frente a dos posiciones jurisprudenciales, la Sala continúa acogiendo la de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que la ley 100 no implicó una derogatoria integral del acuerdo 049 de 1990, precisando, tal como lo ha señalado la Corte Suprema, entre otras sentencias, en la SL 942-2019, Radicación n.º 65842, reiterando lo dicho en SL. 12 dic. 2007, rad. 27923, y en la sentencia N°04919 del 18 de septiembre de 2012, que los incrementos por persona a cargo “no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales” y por lo tanto no gozan del atributo de imprescriptibilidad.



En la providencia SL942-2019 citada la Corte reiteró que se hacen exigibles desde el momento en que se produce el reconocimiento de la pensión de invalidez o de vejez, según fuere el caso.

En conclusión, entonces la tesis integral que acoge esta Sala de decisión es que, si bien el derecho al incremento pensional se encuentra vigente, es un derecho prescriptible.

Entrando en materia, el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 reglamenta los incrementos de las pensiones de vejez, señalando que las pensiones mensuales de vejez se incrementan en un 14% y 7% sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión, pero es el artículo siguiente, que establece la naturaleza de los incrementos pensionales, los cuales “no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez.....y el derecho a ello subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen”.

En últimas, para acceder al beneficio del cónyuge a cargo, que es el incremento que se reclama en este proceso, se debe acreditar entonces los siguientes requisitos:

1. Ser el demandante pensionado por vejez en aplicación directa o por transición del acuerdo 049 de 1990.
2. Que su cónyuge o compañera o compañero permanente dependa económicamente del pensionado
3. Que su cónyuge o compañero o compañera permanente no disfrute de una pensión.

6. Caso concreto.

En el presente asunto, acorde a las pruebas recaudadas queda plenamente acreditado que el señor DAVID YANINE DIAZ, ostenta la calidad de pensionado conforme a la Resolución No. 009731 del 8 de mayo de 2001, acto en el cual el extinto Instituto de los Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de mayo de 1999, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En el caso que nos ocupa, es evidente que dentro del trámite de primera instancia fue demostrada la dependencia económica que tenía la señora LUPE VALENCIA DE YANINE con el señor DAVID YANINE DIAZ, pues, así como lo señaló el demandante, su cónyuge y los testimonios los señores CARLOS ALBERTO MURGUEITO GOMEZ y MAURICIO VALENCIA SANTACRUZ, probaron que existió la dependencia aludida, p toda vez que la cónyuge del actor no recibía pensión, salario, u otros ingresos; vivían bajo el mismo techo en calidad de esposos; que tienen vinculo de matrimonio.

Advierte la Sala que si bien fue demostrada la dependencia económica, se observa que solicitó por vía administrativa el reconocimiento de los incrementos por persona



a cargo el 26 de febrero de 2018, es decir, 17 años después del reconocimiento pensional, razón por lo cual, y tal como se explicó en precedencia, el derecho a reclamar los incrementos pensionales del Acuerdo 049 de 1990 por persona a cargo se encuentra prescritos, por no haber sido reclamados dentro de los 3 años siguientes al reconocimiento del derecho pensional.

En consecuencia, lo anterior permite colegir que el demandante no tiene derecho a que su pensión sea incrementada sobre el 14% de un salario mínimo legal vigente, por encontrarse prescrito. Por tanto, la sentencia del 4 de marzo de 2020, debe ser CONFIRMADA por motivos diferentes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del día cuatro (4) de marzo del año dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira, por razones diferentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL



Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:

194f734646cbe877ca3b6d5bfaecb036e0c6bf2e043a2a3c9654235a9bb60cf9

Documento generado en 24/11/2020 03:46:27 p.m.

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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente**

**SENTENCIA NO. 187
APROBADA EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO: APELACION SENTENCIA **REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIOS LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA **DEMANDANTE:** VIVIANA CUERO ESTUPIÑAN. **DEMANDADO:** CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA. Y SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S SOLASERVIS. **RADICADO:** 76-109-31-05-002-2017-00170-01

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante en contra la sentencia proferida en audiencia pública celebrada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle, el día veinte (20) de noviembre del año dos mil diecinueve (2019).

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

I. Antecedentes.

1.1. Demanda.

VIVIANA CUERO ESTUPIÑAN, actuando a través de apoderado judicial, instauró proceso ordinario laboral de primera instancia en contra de las sociedades CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., y SOLUCIONES LABORALES Y SERVICIOS S.A.S. SOLASERVIS S.A.S., a fin de que se declare que entre junio de 2015 y el 13 de mayo de 2016 la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL



PACIFICO LTDA fue su empleador, fungiendo como intermediario la sociedad SOLASERVIS S.A.S.

En consecuencia de la declaratoria de las relaciones laborales, dentro de los periodos antes mencionados, se condene a las demandadas a la reliquidación y pago de la totalidad de las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, laboradas; la reliquidación y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones compensadas en dinero, la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación completa de las cesantías causadas desde el 2015 a 2016; indemnización por mora en el pago completo de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación de la relación laboral, la indemnización moratoria del parágrafo 1, del art. 65 del C.S.T., modificado por el art., 29 de la ley 789 de 2002, parágrafo 1. (ff.189-192)

Como fundamento de sus pretensiones expresó que: a través de la sociedad SOLASERVIS S.A.S., suscribió un contrato de obra o labor, sin especificar o determinar la extensión de la obra, que prestó sus servicios para la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA, desde el 15 de junio de 2015, cumpliendo con un horario de trabajo de 7:00 a.m., a 3:00 p.m., y de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., de 2:00 p.m. a 10:00 p.m. y de 9:00 p:m a 7:00 a.m., que los horarios no se podían variar sin previa autorización del supervisor o coordinador de la demandada, que recibía órdenes y directrices para el desarrollo de sus funciones por parte de los directivos y coordinadores de la Clínica; que la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., era la empresa que fijaba las políticas de atención a los usuarios, tanto así que para ausentarse del trabajo tenía que solicitar permiso a los directivos de la clínica; que como retribución de sus servicios percibió un salario de \$ 700.000, para el año 2016, y a partir del 2017 la suma de \$ 720.000; que la relación se extendió hasta el 13 de mayo de 2017, fecha en Solaservis dio por terminado el contrato; que la demandante no recibió el pago completo de sus prestaciones sociales a la finalización del contrato; que no se cancelaron el valor completo de las horas extras; que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales para la liquidación de sus prestaciones sociales de cada año al haberse excluido las horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos. Los demás hechos se encuentran en el libelo de la demanda. (ff.186-189)

1.2. Contestación de la demanda



La CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACÍFICO LTDA., al descorrer el traslado de la demanda aceptó los hechos 1, 4, 11 y 19, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o que no le constan, respecto de las pretensiones se opuso a todas y cada una de ellas, y propuso en su defensa las excepciones de mérito que denomino “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PAGO TOTAL, BUENA FE, GENÉRICA O INNOMINADA, PRESCRIPCIÓN.” (ff.56-64).

Por su parte, la demandada SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. – SOLASERVIS S.A.S., en su escrito de respuesta aceptó los hechos: 1, 8, 9, y 13. De los demás hechos manifestó que no son ciertos o que no le constan, frente a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas, y propuso como excepciones de mérito: “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, MALA FE DEL DEMANDANTE, LÍMITES A LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA, INEXISTENCIA DE DESPIDO INJUSTO, EXCEPCIÓN GENÉRICA, PRESCRIPCIÓN GENÉRICA, BUENA FE DE SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S., COMPENSACIÓN”. (ff.115-148)

1.3. Sentencia de primer grado

Mediante sentencia No. 110 adiada 20 de noviembre de 2019, el Juez Segundo Laboral de Buenaventura, declaró que entre la demandante y las demandas Solaservis SAS, y que la Clínica Santa Sofía del Pacífico Ltda., existió un contrato a término indefinido entre el 3 de junio de 2015 y el 13 de mayo de 2016, siendo la Clínica solidariamente de las obligaciones laborales contraídas durante la relación laboral; absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones económicas de la demanda al considerar que no se le adeuda ningún concepto de orden laboral a la demandante; y condeno en costas a las demandadas.

1.4. Recurso de apelación.

El apoderado judicial de la parte accionante interpuso recurso de apelación asegurando que acuerdo a los cuadros de turnos la demandante si laboró horas extras y demás horas suplementarias, solicitando que sean reconocidas. Precisa que está demostrado en el proceso, con los desprendibles de pago, que a la demandante no se le tuvieron en cuenta las bonificaciones para la liquidación de las horas, los recargos, sino el salario básico sin incluir las bonificaciones, sumas que deben ser aplicadas a la reliquidación de las horas extras y liquidación de prestaciones sociales cuando fueron reconocidas.

REF. PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.

DTE: VIVIANA CUERO ESTUPIÑAN

DDO: CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA. Y OTRO.

RAD: 76 109 31 05 002 2017 00170 01



Por lo anterior, solicita a los señores magistrados que reconozcan en primer lugar el que al pago de horas extras, y demás, reliquidarlas conforme a las bonificaciones y auxilios mencionados en la demanda, y también se debe tener en cuenta el salario básico, más las bonificaciones y el promedio de las horas extras para la liquidación de las prestaciones sociales. En cuanto a la mala fe de las entidades demandadas, considera que está demostrado que los empleadores disfrazaron la realidad del contrato, disfrazaron lo que en realidad era el salario del trabajador y pretendieron sustraer en parte pactándolo como factor no salarial con lo queda demostrado que no obraron de buena fe, aunado a esto y para ser más gravosa la situación de su mandante, no incluyeron en la liquidación de las horas extras y prestaciones sociales, las bonificaciones por ella recibidas mes a mes y por ende se hacen merecedores a al pago de las indemnizaciones del artículo 65 del CST.

Con base en lo anterior, solicita declarar primero que se reconozca que las bonificaciones si constituían salario, segundo que se reconozca las horas extras y demás horas complementarias, que se reliquide las horas extras y recargos laborados por la demandante con base en los auxilios que constituían salario, que se reliquide las prestaciones con base en las horas extras y recargos nocturnos y bonificaciones que le pagaban a la actora, que se reliquide las indemnizaciones moratorias con base en las horas extras y recargos nocturnos, y por último se condene en costas a favor de la parte demandante

1.5. Del trámite en segunda instancia.

Admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para que presenten los alegatos de segunda instancia. Sin embargo, la parte actora no remitió correo alguno con el escrito de alegatos.

De otro lado, la EST SOLASERVIS S.A.S. dentro de los alegatos presentados refirió (i) que la demandante ingresó como empleado en misión en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, por incremento en la prestación de los servicios e incremento en la atención de pacientes en la empresa usuaria CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., en una primera vinculación que inició desde el 03/06/2015 hasta el 13/05/2016, contrato que culminó por la TERMINACIÓN DE LA OBRA O LABOR; (ii) que SOLASERVIS S.A.S., tiene facultad de suministrar personal para el cubrimiento de los servicios de las empresas usuarias como la IPS demandada, y éstas podrán dar órdenes, impartir instrucciones a los trabajadores sin que estos adquieran el carácter de empleador; (iii) manifiesta que la finalidad exclusiva del contrato de obra o labor fue la prestación del



servicio como trabajadora en misión en la empresa cliente durante los periodos señalados en líneas que anteceden; (iv) que SOLASERVIS S.A.S., y la CLINICA SANTA SOFIA suscribieron el 15 de marzo de 2013, contrato comercial para ejecutar las actividades de colaboración temporal bajo la subordinación de la empresa usuaria, debido al incremento de personal.

Asimismo, considera que la terminación del contrato obedeció a la terminación de la obra labor, teniendo en cuenta que fueron contratos laborales autónomos e independientes con diferentes funciones, por lo que considera no hay lugar a dar aplicación al principio de la primacía de la realidad dado que no fue un contrato verbal, que tampoco es viable el pago de las prestaciones sociales ya que fueron liquidadas al momento de la terminación de la obra o labor, conforme lo estipula el artículo 45 del C.S.T.

Respecto de la indemnización por el despido injusto, alega que la misma no es procedente toda vez que el despido no se encuentra probado al haber finalizado por TERMINACIÓN DE LA OBRA O LABOR.

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

Por último, indicó que se ratificaba en las excepciones merito que fueron propuestas en el escrito de respuesta a la inicial.

A su vez, el apoderado judicial de la sociedad CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., dentro del escrito de alegatos manifestó, que tal y como se determinó en primera instancia, no existe vínculo directo con la demandante, más allá de la solidaridad declarada, que la EST SOLASERVIS realizo el pago de total de las acreencias laborales generadas dentro de la relación laboral, por lo que considera no hay lugar para modificar la orden de primera instancia.

Para terminar, afirma que existe una diferencia entre la decisión de primera instancia y la orden contenida en el acta de audiencia, pues la Clínica Santa Sofía del Pacifico Ltda., fue absuelta, pero en el acta aparece las costas a cargo de la EST SOLASERVIS S.A.S., y de la Clínica Santa Sofía del Pacifico.

II. CONSIDERACIONES

REF. PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.

DTE: VIVIANA CUERO ESTUPIÑAN

DDO: CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA. Y OTRO.

RAD: 76 109 31 05 002 2017 00170 01



1. Presupuestos procesales

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

2. Competencia de la sala

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

Al revisar el recurso de apelación encuentra la Sala que la parte recurrente incluyó en el recurso puntos no discutidos en la primera instancia. En efecto, solicita declarar primero que se reconozca que las bonificaciones si constituían salario y se reliquide las horas extras y recargos laborados por la demandante con base en los auxilios que constituían salario; y posteriormente que se reliquide las prestaciones con base en las horas extras y recargos nocturnos y bonificaciones que le pagaban a la actora.

Sin embargo, al revisar los hechos y pretensiones de la demanda se indica en la demanda que a la demandante no le cancelaron de manera completa las horas extras y los dominicales y festivos, solicitando el pago de las prestaciones sociales; pero en ninguna parte de los hechos ni de las pretensiones hizo referencia a que recibía otros pagos habituales; y menos que esos pagos constituyan salario. De manera que, en aplicación del principio de congruencia, la Sala limitará el estudio en la segunda instancia, en determinar si la demandante tiene derecho a la reliquidación de las horas extras, y a la reliquidación de las prestaciones sociales, sin hacer referencia a la inclusión de otros factores salariales.

3. Problema jurídico



No fue materia de discusión dentro del debate procesal los siguientes hechos: i) La existencia de una relación laboral entre la señora Viviana Cuero Estupiñan y la EST Solaservis SAS; ii.) que relación laboral que se suscitó entre el 3 de junio de 2015 al 13 de mayo 2016; iii.) que durante su vinculación laboral fue enviada en misión a la Clínica Santa Sofía del Pacífico, quien fue la empresa beneficiaria del servicio.

En vista de lo anterior, y atendiendo a los reparos propuestos dentro de los recursos de alzada esta Colegiatura resolverá los siguientes problemas jurídicos: i.) Se analizará ¿si la demandante tiene derecho al pago de la reliquidación horas extras y trabajo suplementarios? ii.) De salir avante el anterior pedimento se estudiaría si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales y si es procedente la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

4. Tesis

La Sala confirmará la decisión de primera instancia al considerar que quedó demostrado que dentro de la relación de trabajo se le pagó a las horas extras y el trabajo suplementario a la demandante.

5. Argumentos de la decisión

5.1 Horas extras y trabajo suplementario.

Manifiesta el apoderado judicial de la actora dentro del recurso de alzada su inconformidad contra la sentencia de primera instancia, señalando que debió ser condenada la entidad demandada al pago de la. reliquidación de las prestaciones sociales teniendo en cuenta las horas extras laboradas según los cuadros de turnos y que presuntamente no fueron liquidadas de manera correcta por la EST SOLASERVIS S.A.S.

En cuanto a las pretensiones del pago de horas extras, recargos nocturnos y trabajo suplementario, es necesario aclarar, que repetida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser clara y precisa, y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir el número de horas trabajadas.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha establecido en reiteradas ocasiones, quien tiene la carga probatoria de demostrar la causación de trabajo suplementario y horas extras dentro de la



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

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

6. Caso concreto

Ahora bien, Sobre el punto de la reliquidación de las prestaciones sociales por el pago de horas, una vez efectuado en el estudio del material probatorio se observa los cuadros de turnos donde aparece el nombre de la demandante Viviana Cuero Estupiñan (ff.21-23), sin que de dicha prueba documental se pueda constatar, por quien fueron emitidos como quiera que no tienen el logo o membrete de las sociedades traídas a juicio, y tampoco son rubricadas por el coordinador de la EST o la coordinadora de personal de la Clínica usuaria.

En el interrogatorio de parte, la actora manifestó que les pagaban mensualmente, que el salario era variable, que en las auditorias les explicaban los conceptos que eran pagados por su fuerza de labor, que los desprendibles eran enviados al correo pero que ella lo perdió, afirmó que no tenía claras las fechas en que salió de la clínica, porque ella nunca anda demandando sino trabajando, que los extremos son los que se pueden justificar con los soportes de la demanda, adujo que le contaron que conforme a unas leyes estaba mal liquidada, por lo que no tiene idea de los conceptos, que ella siempre reclamó su pago y se conformaba con lo que le pagaban, que eras varias auxiliares y a unas les llegaba más que otras, pero nunca pregunto, solo se dedicaba a trabajar, que la finalidad de la



demanda es que le remuneren la liquidación de los conceptos que no fueron bien liquidados.

Con respeto a la prueba testimonial de la parte demandante, la declaración de la señora Elizabeth Castillo Perea indicó que laboró desde el año 2011 hasta diciembre de 2016, fue compañera de la demandante, laboró como auxiliar de enfermería y luego como auxiliar de facturación, fue encargada de coordinación de facturación que primero se vinculó para una cooperativa y luego para la temporal SOLASERVIS, desconoce la fecha del inicio del vínculo laboral de la demandante, que el salario era el mínimo del año, más un auxilio que les decían que no era salario, que siempre les liquidaron con el básico, que en las reuniones la jefe de recursos humanos les indicaba como era la forma de pago, que el personal siempre manifestaba su inconformidad por la división del salario, ya que no le pagaban las horas extras y recargos, que el pago era consignado en la cuenta, básico más los auxilios, que los desprendibles de pago eran enviados al correo de quienes lo tenían, que en unos meses el salario era \$ 1.050.000, que el salario básico era ejemplo el mínimo y lo demás era un auxilio de \$ 150.000, que el salario siempre variaba pero el auxilio era el mismo.

El deponente Rubén Darío Caicedo Caicedo, manifestó creer que la actora fue despedida injustamente, que laboró como enfermero en el área central desde abril del 2014 del 29 de noviembre de 2017, que el contrato firmado por la demandante era de un año con la EST, desconocía el tiempo de servicio de la demandante, que desconoce el motivo de la terminación del vínculo, que muchas veces entre ellos comentaban que no les pagaban bien las horas extras, que les pagaban auxilios de transporte mensualmente, que los auxilios no fueron tenidos en cuenta para incluir dentro de la liquidación de prestaciones y horas extras, para el caso de todos los trabajadores de la clínica, que de manera verbal presentaron las reclamaciones pero nunca fueron solucionadas, acepto que los auxilios por ellos recibidos no constituían salario, que el salario era de \$ 750.000, y con las horas extras aumentaba, que le pagaron la liquidación de prestaciones sociales a la finalización del contrato.

La testigo de la parte demandada Yuli Sujey Cortes Cortes, manifestó que conoce el tipo de vinculación de la demandante por ser la coordinadora de talento humano y delegada control interno, que en el caso de la demandante la coordinadora de cada área pasa y programa los cuadros de turnos, para que si generan horas extras, se le liquiden y paguen, que los turnos eran de 8 y 10 horas, que los salarios devengados eran cancelados por EST SOLASERVIS, que la EST pagó las horas extras, recargos y tiempo suplementario, que ella



valido los pagos para que la IPS pagara las facturas a la EST, por el suministró del personal, que los turnos eran verificados por el hullero de la temporal, que los auxilios que eran pagados a la demandante por valor de \$ 150.000, no se incluían en la liquidación de las prestaciones sociales, ni horas extras, que la temporal liquidó y pagó las horas extras de acuerdo a los informes de los coordinadores de cada área y finalmente que la demandante nunca presentó reclamación por ningún tipo de concepto.

En este punto, lo primero que se hace necesario resaltar es que mientras la demandante estuvo vinculada con la E.S.T. SOLASERVIS S.A.S., se generó en razón a su fuerza de laboral el pago de horas extras y trabajo suplementario, las cuales fueron pagadas de acuerdo con las prescripciones legales, tal cual se constata en las nóminas aportadas dentro del plenario, por la parte actora y la EST demandada visibles de folios (153-158, y 163-166).

Que dentro de los informes de tiempos (ff.21-23), si bien es cierto, se relacionan algunos turnos, y en los mismos aparece el nombre de la demandante, de dicha prueba no se puede establecer, si fueron ordenados por la empresa demandada o autorizados por la misma, mucho menos si estos periodos de tiempo fueron efectivamente trabajados, de la misma manera, los testigos no fueron claros, ni especificaron con respecto de los turnos y horas que presumen como mal liquidados, como quiera que solo indicaron que trabajaron en turnos similares y en el mismo cargo, que creían que no les pagaban completamente, sin embargo, de ello no se puede concluir de manera forzosa que se generó en favor de la demandante el pago de horas extras que no fueron reconocidas.

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



COSTAS.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 0110 del 20 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V.), dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por la señora **VIVIANA CUERO ESTUPIÑAN** contra las sociedades **CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA.**, y **SOLASERVIS S.A.S.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA PATRIGIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrada
En licencia por luto



Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

6bbfac1c3a1d949b650c760ea74712132b555c52e5feeb6ef9199ce2aa2cdd73

Documento generado en 24/11/2020 03:57:15 p.m.



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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente**

**SENTENCIA NO. 188
APROBADA EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) noviembre de dos mil veinte (2020)

REF: Proferido en Proceso Ordinario Laboral promovido por **MARINO OCAMPO** en contra de **COLPENSIONES**.
RAD.: 76-520-31-05-002-2019-00155-01.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala Tercera de Decisión Laboral a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada en audiencia Pública celebrada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira - Valle, el día veintitrés (23) de septiembre del año dos mil veinte (2020).

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

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda.

El demandante por medio de apoderado judicial formuló demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a fin de obtener con sus pretensiones el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por tener compañera permanente a cargo, junto con el retroactivo.

En respaldo de sus pretensiones, refirió que mediante Resolución No. 66530 de fecha 1 de marzo de 2016 reconoció la pensión de vejez al actor a partir del 26 de junio de 1012, en virtud de lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en obediencia con la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali de fecha 16 de junio de 2014, confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali el día 7 de noviembre de 2014.



Agregó que desde el 15 de marzo de 1986 convivió en unión libre con la señora BENEDICTA PIEDRAHITA DE POSADA, con quien ha convivido siempre de manera continua e interrumpida.

Relata que presentó la reclamación para el reconocimiento del incremento pensional deprecado, sin embargo, fue negada por la entidad.

1.2. Contestación de la demanda.

Admitida la demanda originaria por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira – Valle, y notificado en debida forma el auto que así lo dispuso, la entidad demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones de fondo: “inaplicación de una norma derogada, prescripción e inexistencia de la obligación”. Como fundamento de su defensa precisó que los incrementos pensionales fueron derogados y no están contemplados en la ley 100 de 1993, y explicó que la pensión del actor le fue reconocida con posterioridad al 01 de abril de 1994 razón por la cual no tiene derecho.

1.3. Sentencia de primer grado.

El día 23 de septiembre de 2020, el ad-quo profirió sentencia en donde absolvió a la entidad demanda de las pretensiones incoadas, declarando probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, toda vez que el incremento pensional del 14% se encuentra derogado.

1.4. Trámite de segunda instancia

Admitido el grado jurisdiccional de consulta, en aplicación de Decreto Legislativo 806 se corrió traslado para presentar alegatos de segunda instancia, término en el cual la parte demandante solicitó que se revoque la sentencia consultada reiterando que se encuentra probada los requisitos para el reconocimiento del incremento pensional toda vez que el señor MARINO OCAMPO, es pensionado por vejez bajo el sustento normativo amparado por el régimen de transición de la ley 100 de 1993, y le fue aplicado los requisitos del acuerdo 049 de 1990, que además su compañera permanente la señora BENEDICTA PIHEDRAHITA, no devenga pensión y depende únicamente de su compañero permanente pensionado, y por último se está reclamando la exigibilidad del derecho al incremento pensional dentro de los 3 años al expedirse la resolución No GNR 6653 de fecha marzo 1 de 2016 y se interrumpió la prescripción con la presentación de la reclamación administrativa ante Colpensiones el día el día 29 de octubre de 2018, fecha en la cual iniciaron a correr nuevamente y por una sola vez el termino de 3 años y la demanda se presentó para reparto el día 7 de mayo de 2019.

La entidad llamada a juicio dentro de su oportunidad sostuvo que es improcedente reconocer incrementos pensionales al demandante toda vez que no le asiste el derecho reclamado y en consecuencia solicitó se confirme la sentencia número 40



de fecha 23 septiembre de 2020 y se absuelva de las pretensiones establecidas en el escrito de la demanda.

Explicó que para el reconocimiento de la prestación económica del señor MARINO OCAMPO precisó 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 y como sustentó rememora lo establecido en la sentencia de unificación 140 de 2019 la cual confirma que están derogados los incrementos pensionales del 14% y 7 %, más aún cuando el demandante le fue reconocida pensión con posterior al 1 de abril de 1994.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Competencia de la Sala

Conoce la Sala el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante al ser la decisión proferida en primera instancia, totalmente adversa, lo que otorga competencia plena a la Sala en orden a determinar si la decisión de primera instancia se emitió ajustada a derecho.

3. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar, ¿Si se demostró dentro del juicio oral que al señor MARINO OCAMPO le asiste el derecho al incremento pensional por tener compañera permanente a cargo?

4. Tesis de la sala

La Sala confirmará la decisión absolutoria proferida por la primera instancia.

5. Argumentos

Vigencia del incremento por persona a cargo - requisitos para tener derecho al incremento pensional artículo 21 acuerdo 049/90.

Se ha discutido por la jurisprudencia Nacional el tema de la vigencia de los incrementos luego de la expedición de la ley 100 de 1993. En línea constante de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha sostenido que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron



otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, fue fijado por la Corte en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345, SL942-2019 Radicación n.º 65842 y SL3100-2019, Radicación n.º52502, precisando esta Sala que se trata de una posición uniforme contenida en más de tres decisiones de la Corte, que constituyen doctrina probable y que se acoge en su integridad por parte de la Corporación. Recientemente, la Corte Constitucional en sede de revisión, específicamente en la SU 140 DE 2019, por mayoría de votos, cambió la tesis para argumentar que los incrementos no se encuentran vigentes luego de la expedición de la ley 100. Frente a dos posiciones jurisprudenciales, la Sala continúa acogiendo la de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que la ley 100 no implicó una derogatoria integral del acuerdo 049 de 1990, precisando, tal como lo ha señalado la Corte Suprema, entre otras sentencias, en la SL 942-2019, Radicación n.º 65842, reiterando lo dicho en SL, 12 dic. 2007, rad. 27923, y en la sentencia N°04919 del 18 de septiembre de 2012, que los incrementos por persona a cargo “no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales” y por lo tanto no gozan del atributo de imprescriptibilidad.

En la providencia SL942-2019 citada la Corte reiteró que se hacen exigibles desde el momento en que se produce el reconocimiento de la pensión de invalidez o de vejez, según fuere el caso.

En conclusión, entonces la tesis integral que acoge esta Sala de decisión es que, si bien el derecho al incremento pensional se encuentra vigente, es un derecho prescriptible.

Entrando en materia, el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 reglamenta los incrementos de las pensiones de vejez, señalando que las pensiones mensuales de vejez se incrementan en un 14% y 7% sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión, pero es el artículo siguiente, que establece la naturaleza de los incrementos pensionales, los cuales “no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez.....y el derecho a ello subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen”.

En últimas, para acceder al beneficio del cónyuge a cargo, que es el incremento que se reclama en este proceso, se debe acreditar entonces los siguientes requisitos:

1. Ser el demandante pensionado por vejez en aplicación directa o por transición del acuerdo 049 de 1990.
2. Que su cónyuge o compañera o compañero permanente dependa económicamente del pensionado
3. Que su cónyuge o compañero o compañera permanente no disfrute de una pensión.

6. Caso concreto.



En el presente asunto, acorde a las pruebas recaudadas queda plenamente acreditado que el señor MARINO OCAMPO, ostenta la calidad de pensionado por el reconocimiento realizado el día 16 de junio de 2014 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, decisión confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali el día 7 de noviembre de la misma anualidad; posteriormente la entidad llamada a juicio mediante Resolución No. 66530 de fecha 1 de marzo de 2016 dando cumplimiento a la providencia citada reconoció la pensión de vejez al actor a partir del 26 de junio de 2012.

Advierte la Sala que si bien fue demostrada la dependencia económica, se observa que solicitó por vía administrativa el reconocimiento de los incrementos por persona a cargo el 29 de octubre de 2018 (fl. 6), es decir, 4 años después del reconocimiento pensional, razón por lo cual, y tal como se explicó en precedencia, el derecho a reclamar los incrementos pensionales del Acuerdo 049 de 1990 por persona a cargo se encuentra prescrito, por no haber sido reclamados dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad atendiendo que la pensión fue reconocida el por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia de fecha 16 de junio de 2014 y confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali el día 7 de noviembre de la misma anualidad. Debe aclararse que si bien la entidad enjuiciada reconoció la prestación económica el 1 de marzo de 2016, el acto administrativo fue en cumplimiento de la sentencia judicial confirmada en segunda instancia el 7 de noviembre de 2014.

En consecuencia, lo anterior permite colegir que el demandante no tiene derecho a que su pensión sea incrementada sobre el 14% de un salario mínimo legal vigente, por encontrarse prescrito. Por tanto, la sentencia 23 de septiembre de 2020, debe ser CONFIRMADA por motivos diferentes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del día veintitrés (23) de septiembre del año dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, por las consideraciones esbozadas en líneas precedentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



Notifíquese y cúmplase

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:

b360eaab8ea70181b8ff03061d287459b71174baeb4568a0b90eb7c63855108a

Documento generado en 24/11/2020 03:59:44 p.m.

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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrado Ponente**

**SENTENCIA No. 189
APROBADA EN ACTA No. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación No. 76-622-31-05-001-2018-00222-01. Proceso Ordinario Laboral de ALBERTO ELIAS ESPINOSA contra ADOLFO LEON GOMEZ CARDONA.

OBJETO DE LA DECISION

Procede la Sala a proferir la sentencia de segunda instancia que se contrae a desatar el recurso de apelación contra sentencia dictada en audiencia celebrada por el Juzgado Laboral del Circuito de Roldanillo el día veinticuatro (24) de octubre del año dos mil diecinueve (2019).

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

ANTECEDENTES

1.1 La demanda.

El señor **ALBERTO ELIAS ESPINOSA**, formuló demanda ordinaria laboral contra **ADOLFO LEON GOMEZ CARDONA**, a fin de que se declare la existencia de una relación laboral a término indefinido desde el 7 de julio de 2001 hasta el 20 de julio de 2018, así mismo, solicitó se condene al pago de las prestaciones sociales, los aportes a la seguridad social en pensiones, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C. S. del T.

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

Relata que laboró en la finca El Recuerdo mediante contrato a término indefinido desde el 7 de julio de 2001 hasta el 7 de julio de 2018.

Explicó que la persona encargada de manejar la finca era el señor GUILLERMO ELIAS GOMEZ TORO, padre del demandado, quien después del fallecimiento de su progenitor siguió manejando la finca.



Precisó que las funciones era de administrar la finca, las cuales las realizó de manera personal bajo subordinación.

Señaló que durante la relación laboral no fue afiliado al sistema de seguridad social, tampoco le fueron canceladas las prestaciones sociales.

1.2 Contestación de la demanda.

El demandado, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo la excepción de fondo denominadas inexistencia de la relación laboral, inexistencia de las obligaciones laborales reclamadas, mala fe del demandante, cobro de lo no debido, ausencia de la causa petendi, falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción. En cuanto a los hechos indicó no ser cierto algunos y otros no constarle, como argumentos de su defensa expuso que no es cierto que existió una relación laboral y aclaró que el progenitor del demandado por un tiempo le entregó una parte de la tierra para explotarla y luego dividir las ganancias, que además nunca ejerció el señor Adolfo León Gómez subordinación ante el señor Alberto Elías.

1.3 Sentencia de primer grado.

Mediante sentencia adiada 24 de octubre de 2019, el Juez Laboral de Roldanillo declaró probadas las excepciones propuestas y absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones propuestas en el libelo genitor; consideró el operador jurídico de primer grado que las pruebas aportadas practicadas no fueron suficiente para demostrar la relación laboral aludida por el actor.

1.4. Recursos de apelación.

El profesional del derecho que defiende los intereses del demandante señaló que existe un error por el despacho en la clase de labor que prestaba el señor Alberto al señor Adolfo y básicamente se concentra en el criterio de subordinación; que está probada la prestación personal del servicio y la distribución porque todos los testigos se encaminaron a decir que el señor Adolfo era quien realizaba los pagos.

Explicó que el trabajo desarrollado por el accionante es de dirección confianza y manejo, es decir, que entre las facultades que tenía don Alberto era de coordinar el tema de la contratación por eso las personas que trabajaban en la finca era como un administrador y era quien manejaba los recursos físicos y fuerza laboral en la finca, de ahí que esa subordinación no se vea tan palpable como comúnmente sucede con otros tipos de contrato de trabajo y dentro de este caso la subordinación se da por la dependencia económica que tenía don Alberto frente a esa responsabilidad de administrar una finca.

Que todos los testimonios fueron unánimes en advertir que don Alberto era quien estaba en cabeza en la administración de la finca y advirtieron que don Adolfo era una persona que no era muy dúctil en administrar los recursos y que solo sabía



escribir su nombre y por eso contaba con 2 administradores uno encargado de la parte operativa es decir quien contrataba que era don Alberto y de estar pendiente de la recolección del café y el otro administrador era el hijo de don Alberto quien era la persona encargada de la responsabilidad económica y era quien iba a llevar los granos del café y recibía los pagos y tenía más contacto con don Alberto.

Respecto del extremo laboral la única prueba que existe del inicio a laborar desde el 2001 es el dicho de don Alberto y del señor Leonardo Antonio y frente a eso no existió ninguna contradicción y no entiende porque no se da el suficiente valor probatorio, y debe presumirse desde el 2001 precisamente como lo señala el demandado en la contestación de la demanda sería en junio del 2018; en cuanto a la sustitución de empleadores considera que no existe prueba, inclusive no existió ningún cambio en el contrato, los testimonios arrojados fueron coherentes en advertir que don Guillermo le entregó la administración de la finca a don Alberto y estando a cargo de Adolfo no se advirtió ningún cambio, inclusive el señor Alberto señaló que no se advirtió ningún cambio y se le pagaba cada 8 días su salario y de acuerdo a las facultades ultra y extra petita que autoriza a los jueces laborales debió advertir ese extremo temporal, de esa manera solicita a los Magistrados del Tribunal Superior se revoque la sentencia para que pueda acceder a las pretensiones.

1.5. Trámite de segunda instancia

Admitido el recurso de apelación, en aplicación de Decreto Legislativo 806 se corrió traslado para presentar alegatos de segunda instancia, término en el cual el recurrente guardó silencio.

Por su parte el apoderado judicial del llamado a juicio solicitó que se confirme a sentencia primigenia, como sustento de sus argumentos sostuvo que la actividad probatoria ejercida por el extremo activo fue exigua en razón a que en el desarrollo de la primera instancia no se demostró la existencia de los elementos para que se configuren un contrato de trabajo.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

En el presente proceso ordinario laboral se encuentran reunidos los requisitos necesarios para la regular formación del proceso y el perfecto desarrollo de la relación jurídico procesal, condiciones que permiten pronunciar una sentencia de fondo, sin que se evidencie causal de nulidad susceptible de invalidar lo actuado.

2. Competencia de la Sala

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

3. Problema jurídico.



Teniendo en cuenta los motivos de disenso propuestos por la parte pasiva, la Sala determinará si entre el señor ALBERTO ELIAS ESPINOSA y ADOLFO LEON GOMEZ CARDONA se suscitó una relación de trabajo desde el 7 de julio de 2001 hasta el 20 de julio de 2018?

4. Tesis.

Esta Sala confirmará la decisión proferida en primera instancia.

5. Argumentos de la decisión.

5.1. Contrato de trabajo

Reza el ordinal 1° del artículo 22 del C. S. T. que “contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración”.

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

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

Sobre la aplicación del artículo 24 del C.S.T. la Sala de Descongestión laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL365 del 2019, radicación No. 5713, citando a su vez la sentencia CSJ SL4027-2017, reiteró “(...) *que, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada. Sin embargo, no será necesaria la acreditación de la citada subordinación, con la producción de la respectiva prueba, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal consagrada en el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo*”.

En el mismo sentido ha precisado la Corte, en sentencia de cinco (5) de abril de dos mil once (2011) con radicación No. 41224 sobre la carga probatoria de demostrar los extremos temporales de la relación de trabajo aseguró: “*Puesta la discusión en ese escenario jurídico, la Sala considera que el Tribunal no distorsionó el verdadero sentido de la regla de juicio de la carga de la prueba, contenida en el artículo 177*”.



del Código de Procedimiento Civil –aplicable al procedimiento del trabajo y de la seguridad social, merced a lo dispuesto en el artículo 145 del estatuto de la materia-, porque la carga de la prueba del tiempo servido por el trabajador al empleador la soporta el primero, de modo que la falta de demostración del tiempo de servicios comporta que no hay posibilidad para condenar al pago de prestaciones, salarios e indemnizaciones.

De este modo, la carga de la prueba le corresponde a la parte que se encuentre obligada a demostrar determinados hechos, es decir, que quien afirma un supuesto está en el deber de probarlo.

Caso concreto.

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

El actor en los hechos de la demanda indicó que fue vinculado mediante un contrato a término indefinido prestando sus servicios personales a favor del demandado entre el 7 de julio de 2001 hasta el 20 de julio de 2018. Al dar respuesta a la demanda, el accionado se opuso a las pretensiones elevadas en su contra.

Entonces como el demandado no aceptó la prestación personal del servicio, le correspondía al demandante la carga probatoria de demostrar que prestó de manera personal sus servicios a favor del señor ADOLFO LEON GOMEZ en los extremos indicados en la demanda. Dentro del plenario no fue aportada prueba documental alguna para reafirmar los argumentos del progenitor del litigio.

En la audiencia de trámite y juzgamiento fue recibido el interrogatorio del demandado quien sostuvo que conoce al señor Alberto Espinosa, porque su papá le dio la finca al señor para que trabajara porque cuando eso su papá estaba muy enfermo y él era muy amigo de don Alberto y le dijo que se surtiera de eso, y si le quedaba plata le diera. Reiteró que nunca contrató ni verbal, ni por escrito al señor Alberto Elías. El señor Alberto Elías, no sabe porque se fue, Él no tenía casi contacto con don Alberto. Muy poco va a la finca. Nunca contrató a don Alberto, ni le daba órdenes. Nunca se benefició de lo que don Alberto explotaba de la finca.

El actor ALBERTO ELIAS MENDOZA, señaló en su relato que primero lo contrató don Guillermo, el papá de él, y de ahí él murió y siguieron con él. Que a veces tenía que pedirle permiso al demandado para salir hacer una diligencia. Que el señor Adolfo nunca le llamó la atención ni lo sancionó por hacer mal una labor. Precisó que el accionado le pagaba al hijo. Su hijo les pagaba a los trabajadores. Que don Guillermo mandaba los abonos y les pagaba a los trabajadores. Después que llegó



don Adolfo, siguió trabajando en lo mismo y les pagaba el sueldo, que se entendía con su hijo porque era el jefe. Explica que el poquito de naranja se sacaba para la venta, dos o tres bultos, las vendía por cuenta suya, Él cuando quería lo vendía. Él solo tenía una vaquita y un ternero.

El deponente LEONARDO ANTONIO CORRALES RAMIREZ precisó que él estaba trabajando allá cuando don Alberto empezó a trabajar, cuando Él entró, testigo siguió trabajando con él, fueron conocidos con el señor Guillermo Gómez, explicó que Don Alberto llegó de administrador como en el 2001, tiene presente que fue en ese año, porque él se mantenía allá. Él estaba trabajando allá cuando don Guillermo contrató a don Alberto y hasta donde sabe lo contrató como administrador porque es testigo que a él le pagaban un sueldo a él y al hijo, indicó que al señor Alberto las órdenes se las daba don Guillermo cuando estaba vivo y después el señor Adolfo. Que el señor Alberto y su hijo manejaban la finca, que no se dio cuenta de cómo quedó trabajando el señor Alberto después que murió don Guillermo, porque no estaba ahí, estaba en otra vereda trabajando. Señaló que nunca vio Adolfo dando órdenes de patrón. Quien se entendía con las cosas de la finca era Beto y los trabajadores llamaban a Beto o Alberto, o los conseguían en el parque y no se dio cuenta si don Adolfo tenía injerencia en quienes iban a trabajar a la finca, él no se mantenía allá, iba pero no estaba enterado de eso, no sabe quién le impuso a Alberto. Le dijeron que cuando el señor Alberto tenía que hacer una diligencia, tenía que pedir permiso, no le consta pero le dijeron. El señor Alberto tenía autonomía en la finca, pero no sabe que le daban órdenes, no sabe cuánto le pagaban a él, no le consta que el señor Adolfo le dio órdenes al señor Alberto Elías para contratar.

Por su parte el señor JESUS ALBEIRO GONZALEZ GALLEGO señaló que conoce al señor Adolfo León, porque trabajó en la finca con el señor Alberto Elías y sabe que cuando fue a trabajar allá el señor Alberto Espinosa le dio trabajo como recolector y le pagaba, reclamaba el pago en donde el señor Adolfo o en otro caso le daba un vale. No sabe desde cuando estaba don Adolfo en esa finca. No sabe hasta cuándo estuvo don Alberto, tampoco sabe porque salió. Trabajó máximo 3 semanas, en recolección de café. Llegó a ver al señor Adolfo en la finca, dos veces, él iba en la semana, iba a darle vuelta a la finca y la última vez que lo vio amaneció, como tiene apartamento en esa finca. Entiende que don Adolfo era el patrón de don Alberto porque entiende que si se está de patrón el dueño es el que paga y supuestamente trabajó con él. Señaló que quien lo contrataba era el señor Alberto Espinosa o el hijo, se encontraban con ellos en el pueblo y los dos eran los administradores y los encargados de la finca. Él trabajaba como administrador, no sabe más. No le consta que el señor Adolfo le daba órdenes al señor Alberto Elías. No le consta si el señor Alberto Elías le pedía permiso al señor Adolfo para salir. No sabe cuánto le pagaba el señor Adolfo al señor Alberto Elías.

El señor OMAR DE JESUS LOPEZ CERO manifestó que no sabe cómo llegó el señor Alberto en el año 2001 a esos lados, porque no estaba por allá. Tiene entendido que el señor Alberto entró a administrarle la finca a don Guillermo. La administración de la finca era de don Alberto y el hijo se encargaba de la parte de las cuentas quien se las llevaba a don Alberto al señor Adolfo. Vio que don Guillermo le daba órdenes a don Alberto, pero no sabe en qué condiciones quedó don Alberto cuando murió don Guillermo. No le consta que órdenes le daría don Adolfo a don



Alberto, porque nunca estuvo en un momento de una conversación y sabe por palabra de don Alberto, que a finales de año le regalaban \$300.000 pesos.

El señor EDUAR LOPEZ TORO relató que conoce al señor Alberto Elías Espinosa. No conoció a don Guillermo. No sabe nada de la situación de como fue el acuerdo entre don Guillermo con el señor Alberto, Sabe que don Alberto era trabajador pero no sabe de qué. Conoce a don Adolfo hace dos años, lo conoció del 2017 para acá, no lo conocía antes. No sabe si don Alberto tenía autonomía en la finca, él solamente iba y le regalaba el revuelto. Iba entraba por salida, No sabe quién se beneficiaba de esa finca. No vio si el señor Adolfo iba a darle órdenes a don Alberto. No sabe bien de quien es la finca.

El deponente GABRIEL ANTONIO BETANCOUR conoce al señor Alberto Elías Espinosa porque es vecino en la vereda. Sabe que don Alberto trabajaba en la finca, pero no sabe en qué forma estaba trabajando, solo sabe que don Alberto trabajaba allá y que sacaba sacaban naranjas, bananos, cuidaban animales, Conoció a don Guillermo Elías, pero no sabe si la finca era de don Guillermo. No sabe si don Guillermo contrató a don Alberto Elías. Señaló que en alguna ocasión él fue acompañarlo, don Alberto le dio trabajo allá y él iba allá. Siempre ha tenido una amistad con don Adolfo, porque es empleado de una empresa y el poquito de café que da su finca, lo vende allá porque es una cooperativa, lo conoce porque él le vende su café. Nunca se entendió con don Adolfo cuando estuvo trabajando en la finca, se entendió con don Alberto. No sabe porque don Alberto dejó de trabajar en la finca. Conocía a don Alberto porque era el que trabajaba en su finca. Le pedía a don Alberto porque cuando se va a pedir, se pide a la cabeza de la casa, solo fue a pedir una o dos veces.

Al analizar la prueba en su conjunto, vislumbra la Sala con los testigos allegados al proceso de la parte demandada como de la parte demandante no se logró identificar el requisito de la prestación personal del servicio a favor del señor ADOLFO LEON GOMEZ en los extremos indicados en la demanda, es decir, desde el 2001 hasta el 2018

En primer lugar, el mismo demandante indicó en su interrogatorio que quien lo contrató fue el señor Guillermo, padre del hoy demandado, y que tuvo vinculo contractual con él hasta su fallecimiento, sin precisar ni en los hechos ni en las pretensiones hasta que fecha estuvo vinculado directamente con el señor GUILLERMO. Tampoco queda claro en que calidad demanda al señor Adolfo León Gómez, respecto del tiempo en que estuvo vinculado directamente con su padre el Señor Guillermo. En los hechos de la demanda y de manera genérica manifiesta que laboró para la familia, para luego indicar que fue contratado por el señor Guillermo. De manera que no precisa si por ese tiempo, al señor ADOLFO lo demanda como heredero; tampoco narra en la demanda que se haya presentado la figura de la sustitución de empleadores, de manera que aceptado como está que desde el año 2001 el servicio que demanda se prestó para el señor GUILLERMO y no para el señor ADOLFO, sin duda las pretensiones están llamadas al fracaso, por la imprecisión de la demanda.



Respecto de los testigos, fueron coincidentes en afirmar que no le constan que el señor Adolfo le impuso alguna orden al señor Alberto, pues así se extrae de lo escuchado por el señor JESUS ALBEIRO GONZALEZ GALLEGO, quien señaló que no le consta que el señor Adolfo le daba órdenes al señor Alberto Elías, no le consta si el señor Alberto Elías le pedía permiso al señor Adolfo para salir y tampoco cuánto le pagaba el señor Adolfo al señor Alberto Elías. El señor OMAR DE JESUS LOPEZ CERO afirmó que no le consta que órdenes le daría don Adolfo a don Alberto; el señor EDUAR LOPEZ TORO relató que no sabe si don Alberto tenía autonomía en la finca, él solamente iba y le regalaba el revuelto, no sabe quién se beneficiaba de esa finca, no vio si el señor Adolfo iba a darle órdenes a don Alberto y tampoco sabe bien de quien es la finca. El deponente HECTOR FABIO LONDOÑO precisó que conoce a don Alberto Elías de vista, no sabe cómo se llama la finca donde trabajó y que nunca entró a la finca, escuchó que el actor y su hijo trabajaban en la finca como si fuera de ellos. No sabe si tenían que pedir permiso para vender, no sabe porque don Alberto Elías dejó de trabajar en la finca y que nunca vio al señor Adolfo dándole órdenes a alguien. Por su parte el deponente GABRIEL ANTONIO BETANCOUR señaló que sabe que don Alberto trabajaba en la finca, pero no sabe en qué forma estaba trabajando, y que sacaba naranjas, bananos, cuidaban animales. Nunca se entendió con don Adolfo cuando estuvo trabajando en la finca, se entendió con don Alberto. No sabe porque don Alberto dejó de trabajar en la finca. Conocía a don Alberto porque era el que trabajaba en su finca. Le pedía a don Alberto porque cuando se va a pedir se pide a la cabeza de la casa.

Sin conocer extremos, lo hasta aquí demostrado es la existencia de un vínculo civil entre las partes con total autonomía del demandante en el manejo de la finca quien se encargaba junto con su hijo de buscar el personal para la recolección de las cosechas, incluso podía sembrar y vender de algunos productos pues así lo sostuvo el progenitor del litigio en su relato y algunos de los testigos.

Y contrario a lo afirmado por el recurrente es necesario precisar que el testimonio del señor LEONARDO ANTONIO CORRALES RAMIREZ no es suficiente para demostrar la relación laboral pretendida, pues dicho deponente ratificó la ausencia de los requisitos para que se configure el contrato de trabajo al relatar que nunca vio Adolfo dando órdenes de empleador, que el señor Alberto tenía autonomía en la finca, pero no sabe quién le daba las órdenes y tampoco sabe cuánto le pagaban. Sumado a ello debe recordarse que la subordinación es un elemento distintivo y característico de una relación laboral, la cual según lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 46384 del 18 de abril de 2018, se refiere en *“la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.”*, situación que no se encuentra probada dentro presente litigio al no ser suficiente con la administración de los recursos de la finca.

En conclusión, la parte demandante no demostró la prestación personal del servicio a favor del señor ADOLFO LEON GOMEZ, debiendo confirmar la sentencia absolutoria de primer grado.



6. COSTAS.

Se condenará en costas en esta instancia, a la parte demandante al ser desfavorable el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial.

7. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veinticuatro (24) de octubre del año dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Laboral del Circuito de Roldanillo.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se señalan como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo mensual legal vigente.

NOTIFIQUES Y CÚMPLASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

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



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

Código de verificación:

f4fec0a4802971d85c29a287bc0a3d7d9d26b30329f73b4fb3e6599b090655

Documento generado en 24/11/2020 06:02:59 p.m.

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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrado Ponente**

**SENTENCIA No. 190
APROBADA EN ACTA No. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO: APELACION SENTENCIA PRESTACIONES SOCIALES
REFERENCIA: PROCESO ORDINARIOS LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: MAYRA ALEJANDRA ANGULO ESPINOSA.
DEMANDADO: CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICIO LTDA. Y SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S SOLASERVIS.
RADICADO: 76-109-31-05-002-2017-00221-01

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir pronunciamiento dentro del proceso de la referencia el cual se conoce en el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida en audiencia pública celebrada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle, el día veintiuno (21) de julio del año dos mil diecinueve (2019), al haber sido adversa la decisión de primera instancia a las pretensiones de la parte demandante en contra.

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

I. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

MAYRA ALEJANDRA ANGULO ESPINOSA, presentó proceso ordinario laboral de primera instancia contra la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., y SOLUCIONES LABORALES Y SERVICIOS S.A.S. SOLASERVIS S.A.S., a fin de que se declare la existencia de una relación laboral entre el 11 de julio de

REF. PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.

DTE: MAYRA ALEJANDRA ANGULO ESPINOSA

DDO: CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA. Y OTRO.

RAD: 76 109 31 05 001 2017 00221 01



2016 y el 15 de mayo de 2017, fungiendo como intermediario la sociedad SOLASERVIS S.A.S.

En consecuencia de la declaratoria de la relación laboral, dentro de los periodos antes mencionados, se declare que el valor de los auxilios de \$ 150.000, son constitutivos de salario, por ser una suma periódica y percibida como contraprestación del servicio, que condene a las demandadas a la reliquidación y pago de la totalidad de las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, laboradas y pagadas a la demandante, la reliquidación y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones compensadas en dinero, la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación completa de las cesantías causadas desde el 2016 a 2017; indemnización por mora en el pago completo de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación de la relación laboral, la indemnización moratoria del parágrafo 1, del art. 65 del C.S.T., modificado por el art., 29 de la ley 789 de 2002, parágrafo 1, la indexación de las sumas que admitan corrección o en subsidio de las sanciones por mora, costas y agencias en derecho. (ff.7-8)

Como fundamento de sus pretensiones expresó que: a través de la sociedad SOLASERVIS S.A.S., suscribió un contrato de obra o labor, sin especificar o determinar la extensión de la obra, que prestó sus servicios para la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA, desde el 11 de julio de 2016, cumpliendo con un horario de trabajo de 7:00 a.m., a 2:00 p.m., y de 2:00 p.m. a 10:00 p.m., y de 10:00 p.m a 7:00 a.m., y otros de 7:00 a.m. hasta las 5:00 p.m., de lunes a domingo, que los horarios no se podían variar sin previa autorización del supervisor o coordinador de la demandada, que recibía órdenes y directrices para el desarrollo de sus funciones por parte de los directivos y coordinadores de la Clínica; que la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., era la empresa que fijaba las políticas de atención a los usuarios, tarifas por cobrar, entre otras, tanto así que para ausentarse del trabajo tenía que solicitar permiso a los directivos de la clínica; que como retribución de sus servicios percibió un salario de \$ 770.000, para los años 2015 y 2016, y a partir del 2016 la suma de \$ 150.000, por concepto de auxilio no constitutivo de salario que era pagado mensualmente; que la relación se extendió hasta el 15 de mayo de 2017, fecha en la que afirma fue despedida; afirma que a la terminación de la relación laboral no le pagaron sus prestaciones sociales; que no le cancelaron el valor completo de las horas extras; que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales para la liquidación de sus prestaciones sociales de cada año al haberse excluido



las horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos. Los demás hechos se encuentran en el libelo de la demanda. (ff.3-6)

1.2. Respuesta a la demanda.

La CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., al recorrer el traslado de la demanda aceptó los hechos 1, 3, 4, 7, 8, 10, 11, 13, 15, 16 y 19, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o que no le constan, respecto de las pretensiones se opuso a todas y cada una de ellas, y propuso en su defensa las excepciones de mérito que denomino “PAGO TOTAL, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, GENÉRICA.” (ff.128-136).

Por su parte, la demandada SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. – SOLASERVIS S.A.S., en su escrito de respuesta aceptó los hechos: 1, 3, 4, 6, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 19 y 21. De los demás hechos manifestó que no son ciertos o que no le constan, frente a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas, y propuso como excepciones de mérito: “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, MALA FE DEL DEMANDANTE, LÍMITES A LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA, INEXISTENCIA DE DESPIDO INJUSTO, EXCEPCIÓN GENÉRICA, PRESCRIPCIÓN GENÉRICA, BUENA FE DE SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S., COMPENSACIÓN”. (ff.153-201)

1.3. Sentencia de primer grado.

Mediante sentencia No. 095 del 15 de noviembre de 2019, la Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, absolvió a las entidades demandadas de las pretensiones de la demanda al considerar, que si bien, la relación laboral se suscitó con Solaservis SAS, y que la Clínica Santa Sofía del Pacífico Ltda es solidariamente responsable de las obligaciones laborales contraídas durante la relación laboral, no se le adeuda ningún concepto de orden laboral a la demandante.

1.4. Del trámite en segunda instancia.

Avocado el conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de Consulta, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para que presentar los alegatos de segunda



instancia. Sin embargo, las partes no allegaron correo alguno con sus alegatos de conclusión en la instancia.

CONSIDERACIONES

2. Presupuestos procesales

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

3. Competencia de la sala

Conoce la Sala el proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante al ser la decisión proferida en primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones, lo que otorga competencia plena a la Sala en orden a determinar si la decisión de primera instancia se emitió ajustada a derecho.

4. Problema jurídico

No es materia de discusión dentro del debate procesal los siguientes hechos: i.) La existencia de una relación laboral entre la señora Mayra Alejandra Angulo Espinosa y la EST Solaservis SAS, siendo enviada en misión a la Clínica Santa Sofía del Pacífico, entre el 11 de julio de 2016 hasta el 15 de mayo de 2017; ii.) Que el último salario básico que devengo durante la ejecución de las labores equivalía a \$ 770.000, pactándose como auxilio no constitutivo de salario la suma de \$ 150.000.

En vista de lo anterior, y conforme a las pretensiones del escrito primigenio esta Colegiatura resolverá los siguientes problemas jurídicos: i.) ¿Si en aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades existió una relación laboral entre Mayra Alejandra Angulo Espinosa y la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACÍFICO LTDA., teniéndose como solidariamente responsable a la SOLASERVIS S.A.S.? ii.) Se analizará ¿si la actora tiene derecho a la reliquidación de sus prestaciones



sociales? iii.) De salir avante el anterior pedimento se estudiaría si hay lugar a la sanción moratoria.

5. Tesis

Esta agencia judicial CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

6. Argumentos de la decisión

6.1. De las Empresas de Servicios Temporales y su utilización.

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

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

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



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

Es de precisar, que si la EST contrata sin autorización previa del Ministerio del Trabajo o excediendo los casos autorizados por la ley, se desnaturaliza la condición de empleador aparente, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de noviembre de 2016, radicado No. 47977 al precisar que la EST irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad : *“En relación con el tema, esta Sala en sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997, rad. 9435, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2006, rad. 25717, indicó: Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.*

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad del la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación.”

En este orden de ideas, no es posible a través de esta figura superar el término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, lo que generaría una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, bajo el entendido, que, vencido el año, el trabajador pasa a ser empleado directo de la empresa usuaria.

Igualmente, se considera contratación fraudulenta cuando recae sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, es decir cuando la labor contratada no es ocasional, ni accidental o transitoria, ni para atender incrementos de producción, ni para reemplazar a personal permanente que este de vacaciones, uso de licencia, o en incapacidad por enfermedad o maternidad. Si se dan las anteriores circunstancias, el trabajador



pasa a ser empleado de la empresa usuaria desde el mismo momento de la contratación fraudulenta, y no al vencimiento del año.

6.2 Contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta que el a quo, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., al considerar que los contratos suscritos por la demandante y la EST, fue con el objeto de cubrir incrementos en la producción de la empresa usuaria, y no superaron el término establecido en las disposiciones legales. Así pues, esta corporación estudiará la modalidad contractual que sostuvo la actora en aras de resolver la pretensión principal.

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

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

7. Caso concreto

De conformidad con el problema jurídico planteado, la Sala considera que no es del caso analizar los elementos estructurales de toda relación de trabajo, como quiera que no es materia de discusión que la demandante fue contratada como trabajadora en misión por la EST Solaservis S.A., para prestar sus servicios en la usuaria Clínica Santa Sofía del Pacífico LTDA., pagándosele el salario pactado, las prestaciones sociales y la seguridad social.



Así las cosas, corresponde a esta Corporación únicamente analizar si la EST Solaservis S.A.S., como empresa de servicios temporales, realizó su labor dentro de las actividades enmarcadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y si la misma se encontraba con permiso del Ministerio del Trabajo para funcionar.

Descendiendo al caso objeto de estudio, a folio 110 a 113, se halla el certificado de existencia y representación de la EST Solaservis SAS, donde se verifica que la misma tiene como objeto la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por persona naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de ésta el carácter de empleador.

A folios 202 al 205, se encuentra el contrato de trabajo por el término que dure la realización de la obra o labor determinada suscrita entre la demandante y la EST Solaservis S.A.S., el cual tienen por objeto desempeñar las funciones inherentes al cargo que le sea asignado de conformidad con el contrato que tiene el empleador con la empresa usuaria, para desarrollar temporalmente las actividades contenidas en el objeto, sin especificar el tiempo o las funciones a desarrollar.

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

Una vez revisada las pruebas documentales al escuchar el audio de la audiencia reglada por el artículo 80 del CPTSS, se advierte que el ad quo, ante la inasistencia de la parte actora y su apoderado judicial a la diligencia, impuso las consecuencias procesales del artículo 205 del C.G.P., teniendo como ciertos los hechos susceptibles de confección contenidos en la demandada y las excepciones propuestas en las respuestas dadas al escrito primigenio.

Inicialmente se analizó la contestación de la Clínica Santa Sofía del Pacífico Ltda., teniendo como ciertos la respuesta a los hechos 5, 6, 9, 12, 14, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, y 33. Asimismo, se presumieron como ciertos los hechos 2, 8, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32 y 33, para la EST SOLASERVIS S.A.S.



Así las cosas, se tuvo por cierto que la vinculación de la demandante tuvo como objetivo cubrir una necesidad temporal de la empresa usuaria, concretamente el incremento en la prestación de servicios de la empresa usuaria, constatando la Sala que la vinculación no superó el año, sin que la parte demandante haya traído prueba alguna al proceso para desvirtuar la presunción, razón por la cual lo acreditado en el proceso es el vínculo laboral de la demandante con la EST SOLASERVIS S.A.S.

7.1. Factores que constituyen salario.

En el caso bajo estudio, se pretende la reliquidación de las prestaciones sociales de la actora pagadas por la EST SOLASERVIS S.A.S., al considerar que no se tuvo en cuenta el valor que mes a mes, percibía la demandante por auxilio de transporte y auxilio de alimentación, pues dicha remuneración era percibida de manera permanente y habitual, por lo que, encaja dentro de los elementos integrantes de salario contemplados en el Art. 127 del CST.

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

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

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

- a) Prestaciones Sociales
- b) Lo que el recibe el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio o enriquecimiento propio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones



- c) Sumas ocasionales y que por mera liberalidad se cancelan al trabajador como primas, bonificaciones.
- d) Beneficios habituales u ocasionales convencionales o contractuales otorgados en forma extralegal al trabajador, cuando las partes dispongan expresamente que no constituyen salario como las primas extralegales de navidad, vacaciones, servicios, alimentación, habitación, o vestuario.
- e) Los suministros en especie, siempre que las partes acuerden que no constituyen salario y no afecte el salario mínimo.

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

De folio 202 a 205 del expediente se encuentra el “*CONTRATO DE TRABAJO POR EL TÉRMINO QUE DURE LA REALIZACIÓN DE LA OBRA O LABOR DETERMINADA*”, dentro del cual se establecieron los no constitutivos de salario. Especificándose como auxilio extralegal de transporte por valor de \$75.000, y como auxilio extralegal de alimentación la suma de \$75.000.

De folio 206 a 212 de las diligencias, se hallan los comprobantes de nómina de la demandante por el periodo comprendido entre el 11/07/2016 al 15/05/2017, donde la EST Solaservis S.A.S., le pagó a la demandante auxilio extralegal de alimentos por valor de \$75.000, y como auxilio extralegal de transporte la suma de \$75.000. Igualmente, obra presunción de certeza de los hechos contenidos en la contestación de la demanda por inasistencia de la parte demandante a rendir interrogatorio de parte, en virtud de la cual se tuvo por cierto que el valor recibido con ocasión del pacto extrasalarial no retribuía directamente el servicio.

Ahora, del material probatorio detallado en precedencia se desprenden las siguientes conclusiones: i.) Que de manera específica dentro del contrato No. 201-7038, se pactó de manera voluntaria los auxilios que no eran constitutivos de salario, excluyéndose como factor salarial el auxilio extralegal de alimentación por valor de \$75.000 y el auxilio extralegal de transporte por valor de \$ 75.000; ii.) Que dicha estipulación, en principio está llamada a producir los efectos jurídicos deseados, pues tal cual lo estableció la Sala Laboral de la Corte Suprema, en sentencia con radicación n.º 63988 del 16 de mayo de 2018, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se estableció que para que dichos



acuerdos tengan efectos se tendrán que estipular de manera concreta precisándose: *“es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo.”* y iii.) Que lo efectivamente pagado a la demandante, como se puede observar en los desprendibles de nóminas de pago, fue el auxilio de alimentación por la suma de \$75.000 y como auxilio de transporte la suma de \$75.000, sumas que fueron pagadas mensualmente y de forma ininterrumpida, mientras perduró la relación laboral.

Al analizar la prueba, y la presunción de certeza que operó en contra de la demandante, se llega a la conclusión que los auxilios de transporte y alimentación no retribuían directamente los servicios prestados por la demandante en favor de la IPS demandada como trabajadora enviada en misión por la EST SOLASERVIS S.A.S. Igualmente, se constató que el pacto extra salarial se hizo desde el momento en que se suscribió el contrato(ff.202-205), por lo que se trató de una estipulación expresa, clara y precisa, en la que se establecieron los rubros cobijados en él y que está llamado a producir efectos.

Debiéndose resaltar en este punto, que en procesos contra las mismas demandadas, la Sala les ha dado el carácter salarial a los valores incluidos en el pacto de exclusión, porque en el expediente quedó debidamente acreditado que el empleado venía recibiendo un determinado ingreso siendo contratado directamente por la Clínica, y luego al ser contratado para el mismo servicio a través de la temporal, se incluyó un pacto no salarial, evidenciándose el carácter retributivo del pacto, situación que no se acreditó en el presente asunto.

En este orden de ideas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, como quiera que no existe ningún valor a pagar a favor de la demandante.

7.2. Horas extras y trabajo suplementario.

En cuanto a las pretensiones del pago de horas extras, recargos nocturnos y trabajo suplementario, es necesario aclarar, que repetida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la prueba para demostrar el



trabajo suplementario debe ser clara y precisa, y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir el número de horas trabajadas.

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

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

En el caso en particular, el ad quo, impuso las consecuencias procesales por la inasistencia a la audiencia a la que estaba llamada a rendir declaración de parte, teniendo como resultado que se tengan como cierta la respuesta al hecho vigésimo tercero en lo que respecta al pago de las horas canceladas a la demandante durante el término de la relación laboral.

Debiéndose resaltar, que es carga probatoria de la parte demandante establecer de manera diáfana el trabajo suplementario y las horas extras trabajadas por la accionante, y esta carga no se asume con la sola manifestación en la demanda de las horas trabajadas por la accionante, si no como fue establecido en precedencia, estas deben ser soportadas de tal manera: *“que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”.*



7.3. Pago de las indemnizaciones del artículo 65 del CST, como a la indemnización por la no consignación de las cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Sobre el pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST y la indemnización por la no consignación de las cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cabe recordar que la procedencia de tales pretensiones dependía de la procedencia del pago de horas extras y trabajo suplementario insolutas. En este orden de ideas al negarse su pago, la misma suerte corren las indemnizaciones aquí solicitadas.

Ahora bien, con respecto a la sanción moratoria del parágrafo 1 del artículo 65 del CST, por la no remisión de comprobantes de pago de seguridad social y de parafiscalidades, a la terminación de la relación laboral, se debe aclarar que conforme lo ha expuesto la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL516-2013, citada en sentencia SL12041-2016 del 27 de julio 2016, la norma consagra una consecuencia adversa para el empleador incumplido en el pago de las respectivas cotizaciones, a favor del trabajador, en virtud de la relación laboral que los liga y de la cual se derivan las obligaciones de cotizar que, justamente, constituyen el objeto de protección de la norma.

En el sub lite, se consta de folio 222 a 224 del expediente, que dentro del periodo comprendido entre 11 de julio de 2016 al 15 de mayo de 2017, tiempo en que se sostuvo la relación laboral, se le pagaron a la demandante los aportes a la seguridad social, como las parafiscalidades, razón por la cual se confirmará la decisión proferida en primera instancia.

COSTAS

Para culminar, esta colegiatura no impondrá el pago de costas en esta instancia, toda vez que el asunto se conoció en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura -Valle del Cauca-, dentro del proceso ordinario presentado por la señora **MAYRA ALEJANDRA ANGULO ESPINOSA** contra la **CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACÍFICO LTDA** y **solidariamente contra la EST SOLASERVIS S.A.S.**

SEGUNDO: **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrada
En licencia por luto

Firmado Por:



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

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

Código de verificación:

**7fdd947710734b6004328e09f54769e4c6e99d74b88396f8169e7ac6454
b1f0c**

Documento generado en 24/11/2020 06:03:26 p.m.

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



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
MAGISTRADA PONENTE**

**AUTO INTERLOCUTORIO
APROBADA EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre dos mil veinte (2020)

**Ref.: Apelación Auto proferido en Proceso Ejecutivo Laboral promovido por la JUSTINO GARZON CARDENAS en contra de la UGPP
RAD. 76-109-31-05-002-2013-00094-02**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto que resuelve la excepción de pago y cobro de lo no debido, providencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle en la audiencia celebrada el 18 de febrero de 2020.

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

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda y las excepciones

El señor JUSTINO GARZON CARDENAS, presentó proceso ejecutivo laboral pretendiendo se libraría mandamiento de pago contra la UGPP, para obtener el pago de las condenas basadas en las decisiones proferidas dentro del trámite ordinario. El Juzgado de instancia a través de auto interlocutorio No. 007 del 22 de enero de 2019, resolvió librar mandamiento de pago, al considerar que las sentencias que contemplan la condena impuesta reúnen los requisitos del título ejecutivo.

La entidad ejecutada una vez notificada, presentó como medio exceptivo el siguiente: pago y cobro de lo no debido, argumentando que mediante Resolución RDP 019388 del 18 de marzo de 2016 la UGPP dio cumplimiento al fallo judicial de fecha 25 de agosto de 2016 proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga ordenando el pago de a favor del señor JUSTINO GARZON CARDENAS de la suma de \$572.655.309 por concepto de retroactivo pensional causado desde el 16 de septiembre de 1996 hasta el 30 de marzo de 2014.

De igual manera agregó que el artículo 6 del acto administrativo referido se ordenó el gasto y pago de la suma de \$28.632.765 por concepto de costas procesales y/o agencias en derecho.



2. Decisión de primera instancia

El Juez de primera instancia, mediante auto del 18 de febrero de 2020, declaró no probada la excepción de pago, consideró que si bien el apoderado de la parte ejecutada afirmó en su escrito que acompaña el acto administrativo del año 2016, lo cierto es que al revisar el expediente dentro del mismo no se vislumbra dicho documento, si en gracia de discusión y en el hipotético caso que ciertamente se encuentre ordenado el pago de las costas procesales y agencias en derecho al ejecutante más las condenas solicitadas por el señor Justino Cárdenas, a pesar de estar el pago ordenado el pago, debe hacerse de forma real y efectiva para que dicho acto administrativo no se convierta en una expectativa para la persona a la cual fue condenado el pago referido.

3. El recurso de apelación

El apoderado judicial de la demandada reiteró que la sentencia que sirve de título ejecutivo o base de recaudo ya se encuentra satisfecha mediante Resolución del 18 de mayo de 2016 por el cual se dio cumplimiento al fallo judicial de fecha 25 de agosto proferido por el Tribunal Superior de Buga Sala Laboral obteniendo el pago total de 572.655.309 más el retroactivo pensional causado del 16 de septiembre del año 1996 hasta el 30 de marzo de 2014. De igual modo el artículo 6 del acto administrativo mencionado se ordenó el pago de la suma de \$28.63.675 por concepto de costas y agencias en derecho; manifestó que en el caso del demandante, en la resolución del 18 de marzo 2016, y las subsiguientes, donde habla que se hace la consignación en Bancolombia y al final hace una liquidación del monto correspondiente.

4. Trámite de segunda instancia.

Admitido el recurso de apelación, en aplicación de Decreto Legislativo 806 se corrió traslado para presentar alegatos de segunda instancia, sin embargo, a pesar de haberse notificado por estado la providencia referida la parte ejecutante guardó silencio.

Por su parte la apoderada judicial que defiende los intereses de la entidad llamada a juicio solicitó revocar la decisión de primera instancia y en su lugar absolver a la entidad demandada.

Señaló que mediante Resolución RDP 019388 del 18 de mayo de 2016, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP, dio cumplimiento al fallo judicial de fecha 25 de agosto de 2016 proferido por TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA-SALA LABORAL, ordenando el pago a favor del señor JUSTINO GARZON CARDENAS de la suma de \$572.655.309 por el retroactivo pensional causado desde el 16 de septiembre del año 1996 hasta el 30 de marzo de 2014.

De igual modo refirió que en el artículo sexto del acto administrativo mencionado se



ordenó el gasto y pago de la suma de \$28.632.765 por concepto de las costas procesales y/o agencias en derecho.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

La competencia del *ad quem* en materia del recurso de apelación, la atribuye directamente el recurrente al determinar los aspectos que no comparte de la providencia impugnada, correspondiéndole al censor sustentar su inconformidad de manera que resulte clara y delimitada para la segunda instancia, la temática objeto de análisis.

Igualmente, precisa la Sala que la determinación objeto de apelación admite ser recurrida por esta vía, tal como lo regula el numeral 8o de art. 65 del C.P.T y S.S, subrogado por el art. 29 de la Ley 712 de 2001. Por consiguiente, la Sala encuentra revestida de la competencia para examinar en segunda instancia el auto censurado.

2. Problema Jurídico

Estriba el problema jurídico a resolver por esta Colegiatura en determinar, ¿Si se logró demostrar que la UGPP canceló las condenas impuestas para que prospere la excepción de pago?

3. Tesis

La Sala Tercera de Decisión de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, confirmará la decisión recurrida al considerar que la parte ejecutada aún no ha efectuado el pago de las costas procesales y/o agencias en derecho.

4. Argumentos de la decisión

i) Demanda Ejecutiva

Es preciso explicar que la demanda ejecutiva, exige para su presentación la presencia de una obligación que no ofrezca incertidumbre ni controversia alguna en cuanto a su existencia, en consideración a que el trámite ejecutivo se desarrolla con el objeto único y exclusivo de obtener el cumplimiento de una obligación, que debe encontrarse reconocida, sin que requiera del agotamiento de un procedimiento previo para ser declarada.

Al amparo de esta conceptualización, se comprende que los soportes que se anexan a una demanda ejecutiva constituyen plena prueba de la deuda a saldarse, resultando menester que ellos demuestren de manera cierta y contundente la configuración de un crédito que ha de ser asumido y pagado.

Al ser formulada una demanda ejecutiva, corresponde al juzgado de instancia



evaluar primeramente si convergen los requisitos generales que ha de cumplir toda demanda, lo que conducirá a que se autorice su trámite en caso de que esos condicionamientos se avisten reunidos, o por el contrario la devolución de aquella, si alguno se observa ausente, debiendo analizar a continuación, si confluyeron las exigencias que permiten buscar el pago de lo debido por la vía judicial, o sea que la obligación sea clara, expresa y actualmente exigible.

En materia laboral el tipo de obligaciones que pueden ser perseguidas coercitivamente son las señaladas en el artículo 100 del C.P.T y S.S., que reza:

“Será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral firme.

Cuando de fallos judiciales o laudos arbitrales se desprendan obligaciones distintas de las de entregar sumas de dinero, la parte interesada podrá pedir su cumplimiento por la vía ejecutiva de que trata este Capítulo, ajustándose en lo posible a la forma prescrita en los artículos 987 y siguientes del Código Judicial, según sea el caso.”

5. Caso concreto.

Descendiendo al caso objeto de estudio, constata la Sala que el apoderado judicial que defiende los intereses del demandante, el señor JUSTINO GARZON CARDENAS solicitó que se libre mandamiento de pago por la suma de \$28.632.765 correspondiente a las costas procesales y agencias en derecho.

La entidad ejecutada luego de correrle traslado del mandamiento de pago propuso la excepción de pago y cobro de lo no debido sosteniendo que mediante Resolución RDP 019388 del 18 de mayo de 2016, dio cumplimiento al fallo judicial de fecha 25 de agosto de 2016 proferida por la segunda instancia, así mismo, refirió que en el artículo sexto del acto administrativo se ordenó el pago de la suma de \$28.632.765 por concepto de las costas procesales y agencias en derecho; el juez de primera instancia al resolver las excepciones declaró no probadas, inconforme con la decisión referida el apoderado judicial de la entidad interpuso recurso de apelación.

Encontrándose dentro del trámite de esta instancia judicial mediante auto de fecha 21 de septiembre de 2020 se procedió a oficiar a la entidad con el fin de constatar si ha realizado el pago de las costas procesales y agencias en derecho al ejecutante, al no haberse recibido respuesta por la entidad se procedió a requerir por segunda vez mediante providencia del 12 de noviembre del año que avanza; luego de notificada de dicha providencia la llamada a juicio dio respuesta exponiendo que la Subdirección Financiera manifestó que le fue reportado el pago de la suma de \$28.632.765 por concepto de costas, las cuales fueron ordenadas en el mandamiento de pago, no obstante, no se ha efectuado la ordenación del gasto y pago de estas por derecho al turno.



Lo anterior, evidencia que, en efecto la entidad ejecutada aún no ha efectuado el pago de las costas y las agencias en derecho al actor y si bien insiste que mediante Resolución RDP 019388 del 18 de mayo de 2016 ordenó el pago de las mismas dicho argumento no es suficiente atendiendo que para proceder a declarar probada las excepciones propuestas es necesario que se haya realizado de manera efectiva el pago del valor adeudado.

Por tanto, se concluye que no está llamada a prosperar la excepción de pago, asistiéndole razón al juez de primera instancia, por lo que se procederá a CONFIRMAR el proveído censurado por las razones expuesta.

COSTAS

Se condenará en costas en esta instancia, a la parte ejecutada al ser desfavorable el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial.

DECISIÓN:

Por las razones sustentadas el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**, en **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión adoptada en auto del 18 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte apelante. Se señalan como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo mensual legal vigente para la fecha de ejecutoria de la presente decisión.

TERCERO.- En firme la presente providencia devuélvase las actuaciones a los juzgados de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:
3861fd8160ec1e9462c935e3648f03f3e8a456b51fbf8d83ce9c67c7ef3d9378

Documento generado en 24/11/2020 06:06:36 p.m.

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



REFERENCIA	ORDINARIO LABORAL – APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE	GRACIELA GONZÁLEZ CASTRO
DEMANDADO	PORVENIR S.A. APELANTE
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES APELANTE
RADICACION	76-836-31-05-002-2017-00340-01

AUTO NO. 0518

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre del año dos mil veinte (2020).

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

NOTIFIQUESE este auto por anotación en estado.

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

Firmado Por:

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 003 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:

ae376de31e4b6ffd6b4d65a2cb53279c31e09cacbcff0161985a16c6842031e5

Documento generado en 24/11/2020 07:31:26 a.m.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL BUGA
SALA LABORAL**



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

REFERENCIA: AUTO ADMISORIO
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
GRUPO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: JAIRO CAÑÓN GARCIA
DEMANDADO: COMCEL S.A. Y OTRS
RADICACIÓN: 76-520-31-05-001-2015-00564-01

Guadalajara de Buga, Valle, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO No. 522

Se admite el conocimiento del presente asunto, a fin de impartirle el trámite legal de la segunda instancia, en la forma y términos previstos en el Art. 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el Art. 13 de la ley 1149 de 2007.

En firme la presente providencia, pásese nuevamente a Despacho para lo respectivo.

NOTIFÍQUESE,



MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

REFERENCIA: AUTO ADMISORIO
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
GRUPO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: GLORIA ESTEFANIA MONTENEGRO
DEMANDADO: GAMAGRAFIAS DEL VALLE Y OTRO
RADICACIÓN: 76-520-31-05-002-2016-00206-01

Guadalajara de Buga, Valle, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO No. 521

Se admite el conocimiento del presente asunto, a fin de impartirle el trámite legal de la segunda instancia, en la forma y términos previstos en el Art. 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el Art. 13 de la ley 1149 de 2007.

En firme la presente providencia, pásese nuevamente a Despacho para lo respectivo.

NOTIFÍQUESE,



MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

REFERENCIA: AUTO ADMISORIO
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
GRUPO: CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE: LUZ MARY ARDILA MONTAÑO
DEMANDADO: UNIVERSIDAD DEL PACIFICO
RADICACIÓN: 76-109-31-05-003-2019-00048-01

Guadalajara de Buga, Valle, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO No. 523

Se admite el conocimiento del presente asunto, a fin de impartirle el trámite legal de la segunda instancia, en la forma y términos previstos en el Art. 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el Art. 13 de la ley 1149 de 2007.

En firme la presente providencia, pásese nuevamente a Despacho para lo respectivo.

NOTIFÍQUESE,



MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

REFERENCIA: AUTO ADMISORIO
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
GRUPO: CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE: MARIO MONSALVE VALENCIA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 76-520-31-05-002-2019-00078-01

Guadalajara de Buga, Valle, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO No. 525

Se admite el conocimiento del presente asunto, a fin de impartirle el trámite legal de la segunda instancia, en la forma y términos previstos en el Art. 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el Art. 13 de la ley 1149 de 2007.

En firme la presente providencia, pásese nuevamente a Despacho para lo respectivo.

NOTIFÍQUESE,



MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente**

**SENTENCIA NO. 182
APROBADA EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación N° 76-111-31-05-001-2015-00327-02. Contrato de trabajo. Proceso Ordinario Laboral de EDWIN ALEXIS HERRADA Y OTROS contra PROACTIVA DE SERVICIO SA Y OTRO

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación formulado por los apoderados judiciales contra la sentencia dictada en audiencia Pública celebrada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga, Valle, el día veintinueve (29) de julio del año dos mil diecinueve (2019).

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

1.- ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

Los señores EDWIN ALEXIS HERRADA, JOSE FERNANDO HERRERA POSADA y JUAN CARLOS CHACON VELASQUEZ formularon demanda ordinaria laboral contra el PRACTIVA DE SERVICIOS SA ESP y BUGASEO ESP con el fin de que se declare que existió un contrato laboral realidad a término indefinido, pretendiendo que se condene al pago de las prestaciones sociales, las correspondientes cotizaciones por pensiones, riesgos profesionales y salud, al pago de salarios que resulten debidos, pago de indemnización por despido sin causa justa, pago de sanción moratoria, pago de perjuicios morales y al pago de perjuicios materiales causados con ocasión de la tercerización con la CTA CODESCO.

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

Que los demandantes iniciaron a prestar el servicio a favor de las demandadas en las siguientes fechas: el señor EDWIN ALEXIS HERRADA VELEZ a partir del día



01 de mayo de 2012, el señor JOSE FERNANDO HERRERA POSADA, el día 01 de noviembre de 2008 y el señor JUAN CARLOS CHACON VELASQUEZ, el día 01 de junio de 2012, vínculos que terminaron por despido sin justa causa el día 30 de noviembre de 2012.

Aduce la demanda que los demandantes laboraron para las demandadas, bajo la figura de asociados a la Cooperativa de Trabajadores de Colombia- COODESCO, quien los envió en misión para prestar su trabajo.

La jornada de trabajo siempre fue de 5:45 am a 3 pm, de lunes a domingo y festivos, sin descanso. El salario devengado, fue pagado como compensaciones y siempre fue el mínimo legal vigente.

Manifiestan que siempre recibieron órdenes de HECTOR FABIO ABADIA, ALEXANDER GORDILLO, JENLER VALECIA, DIEGO URREA, EUGENIO CARVAJAL, BALMER TOBO, YEISON TAMARA, FREDERMAN HERRERA, quienes eran o son supervisores y los encargados de entregar las dotaciones, herramientas y de hacer informes por faltas de los deberes.

1.2. Contestación de la demanda.

1.2.1. BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P.

La entidad demanda BUGUEÑA DE ASEO SA ESP se opuso la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante, proponiendo la excepción previa denominada inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y de fondo carencia de acción y de derecho para demandar, falta de legitimación en la causa en la parte pasiva y activa, inexistencia de contrato y nexos laborales, buena fe del demandado, mala fe del demandante, inexistencia de los perjuicios demandados, inexistencia de la obligación, inexistencia de relación solidaria, compensación, cobro de lo no debido e innominada. Como argumentos de su defensa estableció en términos generales respecto a los hechos plasmados en el libelo introductorio, no ser ciertos o no constarle y aceptó algunos de ellos indicando que los demandantes no fueron trabajadores suyos, explicó que durante el tiempo que estuvieron los demandados asociados a la CTA le fueron reconocidas todas las compensaciones ordinarias y especiales resultando improcedente pretender el pago nuevamente de los salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones.

1.2.2. PROACTIVA DE SERVICIOS SA

La empresa llamada a juicio de igual manera contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones invocadas por los actores, como excepciones de fondo propuso carencia de acción y de derecho para demandar, falta de legitimación en la causa en la parte pasiva y activa, inexistencia de contrato y nexos laborales, buena fe del demandado, mala fe del demandante, inexistencia de los perjuicios demandados, inexistencia de la obligación, inexistencia de relación solidaria, compensación, cobro de lo no debido e innominada. Como sustento de su defensa



señaló que no existió una relación laboral con los demandantes y que ellos estuvieron vinculados con la CTA COODESCO a quienes le fueron reconocidos los emolumentos ordinarios y especiales.

1.3. Sentencia de primer grado.

El *a-quo* mediante sentencia del 29 de julio de 2019 declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por la demandada BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P, hoy VEOLIA ASEO BUGA S.A. E.S.P., excepto la de prescripción que se declara probada parcialmente, frente a los derechos laborales exigibles con anterioridad al 21 de julio de 2012, exceptuando el auxilio de cesantías; declaró la existencia de un contrato de trabajo realidad entre la demandada BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P., actuando bajo intermediación ilegal la CTA COODESCO, en la modalidad a término indefinido, con los demandantes, así:

EDWIN ALEXIS VELEZ del 01/05/2012 al 30/11/2012

JOSE FERNANDO HERRERA POSADA del 01/11/2007 al 30/11/2012

JUAN CARLOS CHACON VELASQUEZ del 01/06/2012 al 30/11/2012.

También condenó a la demandada BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P., a reconocer y cancelar dentro de los tres (3) días siguientes a la diligencia los demandantes EDWIN ALEXIS VELEZ, JOSE FERNANDO HERRERA POSADA y JUAN CARLOS CHACO VELASQUES, unas sumas de dinero por auxilio de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria.

Condenó en costas a la parte demandada BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P., y a favor de la parte demandante, sin costas para el demandado PROACTIVA DE SERVICIOS S.A. E.S.P, y por último decidió absolver a la demandada PROACTIVA DE SERVICIOS S.A. E.S.P., de todas las pretensiones formuladas por los demandantes y absolver a la codemandada BUGUEÑA DE ASEO S.A. E.S.P., de las demás.

1.4. Recurso de apelación.

- La parte demandante.

El apoderado judicial de la parte demandante apeló parcialmente la sentencia proferida en primera instancia insistiendo que el salario que consideró el Juzgado fue mayor al salario mínimo, pero que debió hacerse con el salario mínimo legal vigente para la época, porque los valores demás corresponden a las horas extras pagadas, las cuales se liquidaban con el salario mínimo. Y de esta forma consideró que también debe liquidarse la sanción moratoria del artículo 65 con base en el salario mínimo mensual vigente y no en el salario que acogió el Juzgado, mayor que el mínimo.



Reprocha la declaración parcial de prescripción, porque la demandada Buga Aseo, que fue la única condenada, no propuso esa excepción de prescripción, y el Juzgado no la puede declarar de oficio.

Solicitó que se tenga en cuenta los perjuicios morales que se le causaron al demandante, precisando que si el Juzgado descubrió que la demandada Buga Aseo no actuó de buena fe, entonces si se le causó un perjuicio moral a los demandantes y es el sufrimiento que tuvieron por ver que la empleadora real hacía una diferencia al no pagarle las prestaciones sociales a tiempo, y eso también le permitió a los demandantes que ellos se sintieran engañados, ellos descubrieron desde un principio la simulación que hacía la cooperativa y que todas esas maniobras causaron un problema a los accionantes en su vida económica y social, en su familia les causó dolor al verse discriminado por estas demandadas.

Por último, solicitó que el Tribunal revise la sentencia y que, aunque no se llegó a la compensación por la primera instancia el Superior no puede hacerlo, porque esos pagos que recibió el trabajador, no era 100% lo que producía el trabajador, de allí de esa compensación ordinaria le descontaban el 8.33% para llevarse a 6 meses y pagarle la compensación extraordinaria semestral, y también lo llevaban a 1 año para pagarle la compensación extraordinaria anual, por lo tanto no puede hacer esa compensación.

- La parte demandada BUGASEO:

La apoderada judicial de la demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia emitida, los fundamentos de su petición son los siguientes, expuso que sobre la subordinación y la naturaleza de la vinculación de los demandantes quedó demostrado, de acuerdo al interrogatorio de parte y el material documental aportado, la condición de los trabajadores asociados a la CTA Codesco, pues estos aceptaron suscribir el convenio de asociación que obra en el expediente para los demandantes, siendo afiliados por la respectiva CTA Codesco a la Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos laborales.

Considera que los demandantes aceptaron la contraprestación económica por sus labores o servicios y las compensaciones que recibían en dinero de manera mensual que eran canceladas por la cooperativa Codesco, y las cuales equivalen inclusive a un salario mínimo superior; que los actores tenían conocimiento sobre la naturaleza del vínculo que los unió con las cooperativas y que así lo ejecutaron

Solicitó que se tenga en cuenta por parte del Tribunal los testimonios que se llevaron al proceso por la parte demandante Veolia Aseo Buga como el testimonio del señor Marlon Marmolejo quien afirmó que fue supervisor de Codesco y que fungió como supervisor de los aquí demandantes, afirmó que estos realizaban las labores en calidad de supervisores, a los aquí demandantes debían ellos verificar que la cooperativa ejecutará en debida forma el servicio contratado por la empresa, y la cual debe ceñirse a las características de calidad y oportunidad entre las condiciones contenidas en la oferta mercantil.



De igual manera, solicitó al Tribunal mencionarse sobre las tachas presentadas a los testigos, y en las cuales era evidente que dichos testimonios no eran coincidentes con la realidad de los hechos.

Precisó que de conformidad con la Ley 142 del 94 que rige la prestación del servicio para las empresas de servicio público de aseo se debe cumplir con un mínimo de estándares de calidad de la prestación del servicio, por lo cual no era una imposición a la CTA Codesco dichos manuales, sino que estos hacían parte del objeto contractual, teniendo la CTA total autonomía de organizar internamente la prestación del servicio, dichos manuales eran entregados a la CTA solo para el conocimiento, pues con ello se llevan las rutas, los cronogramas, la operación de barrido, recolección y transporte que debe cumplir por ley y por las regulaciones que se tienen en el tema con una periodicidad.

Igualmente, el acuerdo de formalización laboral como lo explicó desde la contestación de la demandada, fue un acuerdo voluntario que hizo las empresas del grupo de Veolia con el Ministerio de Trabajo sin que este se hubiese provocado por la queja de los trabajadores, esto obedeció única y exclusivamente al Ministerio y a las empresas quienes se sometieron voluntariamente a dicho acuerdo de formalización laboral.; que las cláusulas pactadas no pueden considerarse subordinación laboral; y que también en el contrato de prestación de servicios se pueden desprender ciertos elementos que dan a entender que la subordinación o se puede pactar por el cumplimiento de un horario para que se cumpla efectivamente con el objeto del contrato como bien lo establece la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

Igualmente señala que el juez debió declarar las excepciones de compensación de pago y cobro de lo debido pues quedó demostrado que los aquí demandantes recibieron en su debido momento todas las sumas de dinero que ahora de mala fe pretenden le se han canceladas, nuevamente dando lugar a un enriquecimiento sin justa causa

Respecto a la compensación cobro de lo no debido y pago es inadmisibles que se haya ignorado las confesiones de los demandantes en su interrogatorio de parte en donde declararon espontáneamente y aceptaron que se les pagaba las compensaciones mensuales que equivale al salario, tampoco se tuvo en cuenta la actitud evasiva con la que los demandantes a las preguntas hechas por la demandada manifestaron que se los hacía proactiva cuando del material probatorio que obra en el expediente consta los certificados o los desprendibles de pago emitidos por Codesco, lo que indica la mala fe y temeridad con la que los demandantes aquí rindieron su testimonio.

Respecto a la prescripción, la cual fue propuesta debidamente en la contestación de la demanda y es claro que está en dicho escrito, esta norma es de aplicación rigurosa solicito se tenga sobre todo los derechos en subsidiariamente de declararse algún derecho a favor de mi representada que se tenga la regla fijada por el artículo



151 del Código Procedimiento Laboral y los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto de la indemnización moratoria considera que todas las pruebas del proceso dejan ver claramente que su defendida obro siempre dentro de los parámetros de la buena fe, pues tenía plena y fundamentada convicción de no estar obligada de pagarle a los demandantes prestaciones sociales e indemnizaciones que estos invocan en su demanda, sobre todo porque verificaba constantemente en la auditorías realizadas al contrato de prestación de servicios suscrito con la cooperativa que esta realizara cumplidamente los pagos, ahora se está demandando y está demostrado que a los demandante se les pagaba un salario compensación de lo cual existe prueba testimonial y documental en el proceso.

1.5. Trámite en segunda instancia.

Admitido el recurso de apelación, en aplicación de Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de segunda instancia, no obstante, aunque fueron notificados de la providencia enunciada guardaron silencio dentro del término otorgado.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Competencia

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

3. Problema jurídico

Propuesto el recurso de alzada por las partes, corresponde establecer si entre los accionantes y la demandada BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se suscitó una relación de trabajo en los términos previstos por el artículo 23 de CST, y solo si, el anterior problema resultare positivo, esto es declarar la existencia de la relación laboral entre los contradictores, se pronunciará



esta Sala respecto de la pretensiones de pago de prestaciones sociales e indemnizaciones solicitadas con la demanda.

4. Tesis

Esta colegiatura, revocará la sentencia proferida por la primera instancia al considerar que dentro del juicio oral no se demostró la existencia de una relación laboral entre los actores y BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP

5. ARGUMENTOS DE LA DECISIÓN

5.1 Regulación de las cooperativas en el régimen jurídico colombiano.

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

De ellas se extrae que el trabajo cooperativo en Colombia se rige por sus propios estatutos, teniendo ello como consecuencia, que las relaciones entre la Cooperativa y sus asociados por ser de naturaleza asociativa y solidaria, están reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el acuerdo cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado. Sobre el tipo de relaciones contractuales dentro de las cooperativas, se tiene que los asociados, ponen al servicio de un ente común sus propias capacidades para obtener beneficios mutuos, sin existir relaciones de dependencia o subordinación, pues se parte de la igualdad de los miembros de la colectividad, resultando inaplicable la legislación laboral ordinaria, que regula el trabajo dependiente.

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

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

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL 6441 del 15 de abril de 2015 precisó que la celebración de contratos con las cooperativas no



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

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

5.2. Contrato de trabajo

Reza el ordinal 1° del artículo 22 del C. S. T, vigente para la época de los hechos, que “contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración”.

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

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

Sobre la aplicación del artículo 24 del C.S.T. la Sala de Descongestión laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL365 del 2019, radicación No. 5713, citando a su vez la sentencia CSJ SL4027-2017, reiteró “(...) *que, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada. Sin embargo, no será necesaria la acreditación de la citada subordinación, con la producción de la respectiva prueba, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, ya*



que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal consagrada en el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo que reza: «Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario, es decir, que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual de índole laboral». Por lo tanto, señala la Corte, que “le corresponde al aparente empleador destruir tal presunción, mediante la acreditación de que la actividad contratada se ejecutó o realizó en forma autónoma, totalmente independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral, lo que dependerá del análisis de las pruebas del proceso.

5.3 Caso concreto.

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

En los hechos de la demanda se indicó que los actores prestaron el servicio a favor de las demandadas a través de la CTA COODESCO en los siguientes periodos:

EDWIN ALEXIS HERRADA VELEZ: Del 1 de mayo de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2012.

JOSE FERNANDO HERRERA POSADA: Del 1 de noviembre de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2012

JUAN CARLOS CHACON VELASQUEZ: Del 1 de junio de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2012.

Para la prosperidad de las pretensiones deben demostrar que efectivamente prestaron el servicio en beneficio de BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP, que el mismo debe ser prestado de manera personal y exclusiva por los trabajadores, y se deben acreditar los extremos de la relación laboral.

En cuanto a la prestación del servicio la demandada BUGA ASEO no aceptó el servicio personal directamente para BUGA ASEO, sino que indica que fueron enviados por la CTA CODESCO a realizar labores de los proyectos contratados en el contrato civil de prestación de servicios suscrito con la CTA.

A folio 43 a 19 reposa el acuerdo de formalización laboral suscrito entre diferentes empresas entre ellas BUGASEO SA ESP y el Ministerio del Trabajo – Dirección Territorial del Valle de fecha 28 de diciembre de 2012, se inició por una queja instaurada contra PROACTIVA DE SERVICIOS SA y PALMIRA DE ASEO SA ESP – PALMASEO ofreciendo e acogimiento de las empresas BUGUEÑA DE ASEO SA



ESP, TULUEÑA DE ASEO SA ESP y ASEO PRADERA SA ESP, al pertenecer al mismo grupo económico y están representadas por la misma persona, en la cual se comprometieron a no vincular a través de cooperativas y precooperativas de trabajo asociado para desempeñar actividades misionales permanentes.

Seguidamente se encuentra el acta de verificación de cumplimiento del acuerdo enunciado donde se revisaron las planillas de nómina y el pago de los aportes a la seguridad social integral verificando la inclusión de los trabajadores señalados en el acuerdo.

Se encuentra a folio 56 a 58 el listado del personal vinculado directamente donde se relaciona a los demandantes desde el 1 de diciembre de 2012 como operarios de BUGUEÑA DE SA ESP.

Milita dentro del plenario el instructivo de barrido y limpieza de las diferentes empresas entre ellas BUGASEO SA ESP (fls. 61 a 67).

Posteriormente se encuentra la constancia de la prestación del servicio y el despacho de la operación de barrido, sin embargo, dentro de dicha documental no se relacionan a los actores.

De igual manera se aportaron la historia laboral del señor EDWIN ALEXIS donde se relaciones en los meses de mayo a noviembre de 2012 como empleador la CTA COODESCO y a partir del mes de diciembre de la misma anualidad a BUGUEÑA DE ASEO SA ESP, así mismo se vislumbran los desprendibles de pago a favor del precitado de los meses de mayo a noviembre de 2012.

A fls. 80 a 81 fue allegado la historia laboral del señor JOSE FERNANDO en la cual se observa como empleador de los años 2008 a noviembre de 2012 como la CTA COODESCO y posteriormente BUGA ASEO SA ESP.

En cuanto al accionante JUAN CARLOS fue arrimado la historia laboral donde se relaciona como empleador de los meses de junio a diciembre de 2012 la CTA COODESCO y luego se señala a BUGUEÑA DE ASEO SA ESP, junto con los desprendibles de nomina de los meses de mayo a noviembre de 2012.

A fl. 134 a 147 187 existen la oferta mercantil suscrita entre CTA COODESCO y BUGUEÑA DE ASEO SA ESP, oferta que tiene como objeto realizar los procesos de barrido y limpieza de vías y áreas públicas, recolección, transporte y disposición final de los residuos solidos generados en el municipio de Buga y en los municipios con los cuales haya contratado BUGASEO.

Dentro del interrogatorio absuelto a la señora Carolina Cruz Orozco como representante de Buga Aseo manifestó que para el año 2012 el Ministerio de Trabajo realizó un requerimiento a la empresa Veolia Aseo Buga se determinó que se iniciaría un proceso de formalización laboral, razón por la cual consistió en vincular a los trabajadores que se encontraban vinculados a través de CTA



directamente a la compañía, que a la fecha no existe ningún tipo de sanción administrativa contra la empresa por alguna investigación por intermediación laboral, explicó que en cuanto a la vinculación de los contratos la empresa tenía un contrato de comodato con Codesco, en la cual ellos tenían el uso en comodato de los camiones recolectores, que frente a la dotación y herramientas estas eran asumida y administradas por la CTA y así mismo eran entregadas a todo el personal del aseo, que la empresa siempre ha ostentado la calidad del prestador del servicio y el contratante frente al municipio, enunció que frente al contrato suscrito entre Buga Aseo y la cooperativa era un contrato civil para la prestación del servicio de aseo a través de Codesco; frente a las herramientas y la dotación expuso que dentro de la facturación o dentro del gasto que debía cancelarle a Veolia se encontraba contemplado el valor por herramienta y dotación, así que esta misma la compraba, la administraba y suministraba frente a sus afiliados, por último indicó que la cláusula si estaba pactada entre las partes. Declaró que es cierto que Buga Aseo el 1 de diciembre de 2012 celebró contratos laborales con los demandantes.

Del interrogatorio absuelto al representante de Proactiva Servicios S.A. E.S.P relató que no es cierto que los señores Héctor Fabio Abadía, Yeison Tamara, Balmer Tobón, Diego Urrea, Frede Herrera, Manuel Guillermo Valencia Mora, Andrea Rodríguez y María Pastora Fernández son o han sido empleados de Proactiva, que no han tenido una vinculación contractual con la empresa. Que no es cierto que el día 6 de julio del 2012 los demandantes y varios trabajadores afiliados a Codesco presentaron una queja contra Proactiva ante el Ministerio de Trabajo por la tercerización que se venía presentando con Codesco, ya que el proceso que se inició de formalización laboral se dio a través un requerimiento que hace formalmente el Ministerio de Trabajo y en aceptación de las empresas del grupo Veolia inicia el proceso de determinación y formalización de los contratos de algunas persona que se encontraban vinculadas a través de la CTA Codesco. Aclaró que Veolia Aseo Buga y Veolia Aseo Suroccidente hacen parte de lo que se denomina Veolia Holdin Colombia, que actualmente por las unidades de negocios del Valle del Cauca hacen parte Buga y Suroccidente, que quien prestó y ha prestado el servicio en Buga ha sido únicamente Veolia Aseo Buga y fue donde los demandantes prestaron el servicio. Señaló que no es cierto que en el contrato celebrado entre Buga Aseo y el municipio de Buga también participó Proactiva suministrando vehículos recolectores. Que si alguno de los demandantes fue enviado para la labor de barrido y recolección a los municipios de Ginebra y Guacarí lo habrá hecho en su momento Codesco quien era la encargada de programar a los demandantes a cubrir o hacer sus rutas previamente organizadas, que frente a la prestación Veolia Aseo Buga no tenía injerencia alguna en la programación o destinación del personal de Codesco en la prestación del servicio, que para la época la CTA tenía alguna de las partes de la prestación en el municipio de Buga.

El señor Edwin Alexis Herrada Vélez relató que las capacitaciones siempre se las dio gente de Proactiva Buga Aseo. Señaló que siempre fue Proactiva Buga Aseo quien lo afilió al Sistema de Seguridad Social en salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación. Enunció que, la CTA Codesco del pago que le daban le quitaba el 8.33 % para pensiones, pero que en ningún momento le pagó pensiones



y cesantías; que la CTA Codesco sí le liquidó y pagó las compensaciones anuales a la cuenta de nómina, pero no le canceló los valores por descanso remunerado anual, que tampoco se realizó la consignación al fondo de cesantías. Expuso que prácticamente fue obligado a renunciar, porque al no renunciar a la cooperativa Codesco y no firmar el contrato laboral con Proactiva se quedaba sin trabajo. Declaró que, en el mes de junio, a finales del año 2012 ante el Ministerio de Trabajo hizo la reclamación por sus derechos laborales a la empresa Veolia Aseo Buga, que un grupo de personas se reunieron e intervino el Ministerio de Trabajo para hablar con los directivos de Proactiva, y fue cuando se llegó al acuerdo que la empresa los pasara directamente por la empresa.

El demandante José Fernando Herrera Posada dentro de su interrogatorio explicó que suscribió un convenio de trabajo asociado con la CTA Codesco, que recibió instrucciones directamente de la empresa Proactiva de Servicios. Señaló que es correcto que durante su vinculación como trabajador asociado de Codesco fue quien lo afilió al Sistema de Seguridad Social en salud, riesgos y pensiones. Declaró que es correcto que Codesco le pagó sus compensaciones ordinarias, pero que dichas compensaciones no eran superiores al salario mínimo mensual vigente, que el dinero que recibió al final del convenio de asociación equivale al ahorro que tenía durante el tiempo que laboro. Respondió que sí llegó a ver en los comprobantes de pago el concepto de ayuda para transporte, y que dicho valor les llega junto con lo otro, que lo que les llegaba ya les venía desglosado con todo. Que todas las dotaciones eran dadas por Proactiva.

Por su parte el actor Juan Carlos Chacón Velásquez enunció que si firmó un documento para pertenecer a la CTA Codesco. Que estuvo afiliado como trabajador asociado por parte de Codesco para las fechas del 1 de noviembre del 2008 al 30 de noviembre del 2012. Manifestó que no fue capacitado por la cooperativa respecto al régimen legal aplicable. Que si es cierto que durante su vinculación como trabajador asociado de Codesco fue quien lo afilió al Sistema de Seguridad Social en salud, riesgos y pensiones. Declaró que Codesco le pagó sus compensaciones ordinarias mensualmente. Que es cierto que el pago de dicha compensación obedecía a la prestación personal de su servicio durante 30 días. Indicó que el valor de la compensación mensual que recibía de Codesco no era superior al salario mínimo para la respectiva época, Enunció que renunció voluntariamente a Codesco y para tal fin suscribió la carta de renuncia. Indicó que el supervisor Yeison Tamara era quien realizaba los procesos disciplinarios. Que quien le hizo entrega de la dotación fue Yeison Tamara cuando se vinculó a Codesco sostuvo que no está seguro si a la finalización de su convenio como afiliado de la CTA Codesco le cancelaron todos los valores por concepto de compensaciones ordinarias, descanso anual remunerado y las compensaciones adicionales. Señaló que no presentó alguna reclamación directa a través de la CTA por el no pago de sus prestaciones sociales ni que tampoco presentó petición directamente a Veolia Aseo Buga frente a su vinculación. Enunció que el señor Yeison Tamara trabajaba para Proactiva y Buga Aseo, lo cual distinguió porque en los uniformes de él decía Buga Aseo o Proactiva, que en cada lado estaban los nombres.



En cuanto a los testimonios fue escuchado el deponente Marlon Fernando Marmolejo Libreros manifestó que es el jefe de operaciones de la zona centro y norte de Veolia Aseo Suroccidente, que anteriormente trabajó en Proactiva desde el mes de febrero de 2015 hasta febrero del 2017, pero antes estuvo en Buga Aseo desde diciembre de 2012 como supervisor hasta febrero de 2015, y que anterior a este puesto laboró para Codesco desde octubre de 2010 a diciembre del 2012. Enunció que durante la prestación del servicio a favor de Codesco conoció a los demandantes y tuvo contacto con ellos, que los demandantes eran operarios de barridos con apoyo a recolección. Expresó que las herramientas que debían utilizar los demandantes eran cepillos, rastrillos, escobas, recogedores, bolsas y mascarillas, y que ello lo suministraba Codesco, lo cual sabe porque los supervisores se los entregaba a él para entregárselo a los trabajadores. Declaró que el personal de Buga Aseo se hablaba con ellos, con los supervisores de Codesco, y llegaban a revisar que se estuviera cumpliendo con la prestación del servicio como estaba pactada. Expuso que el personal de Buga Aseo no ejerció ningún tipo subordinación o sanción contra los demandantes, porque los reportes de novedad los hacía el supervisor. Que él como supervisor de Codesco hacía entrega herramientas a los operarios de barridos y apoyo de recolección; que cuando paso de la CTA a Buga Aseo en el año 2012 fue porque la empresa decidió hacerle el contrato directo por la labor y tiempo desempeñado en el que estuvo en Codesco, y que esa misma situación les pasó a los demandantes. Expuso que los procesos disciplinarios o llamados de atención a los afiliados de la CTA Codesco los realizaba él como supervisor, que se hacía el reporte de novedad y se trasladaban al coordinador de Codesco, que impuso sanción a Edwin Herrada porque le incumplía mucho con los EPP (uso de mascarillas, uso de guantes, no uso de la gorra tipo chavo) y que varios reportes se le hicieron por eso, y que todo ello quedo por escrito donde se informaba la hora, la fecha, testigos si los había y los comentarios sobre la novedad encontrada. Declaró que la cooperativa usaba los vehículos de Buga Aseo y el coordinador de Codesco se encargaba de conseguir con externos los mantenimientos. Señaló que los turnos para operarios de barridos y en el apoyo de recolección los programaba él, programa como iban a laborar en barrido y cuando se requería el apoyo también se coordinaba. Que no sabe porque la cooperativa no tenía los vehículos, que ellos tenían como un comodato con Buga Aseo en el que le colocaban la herramienta, pero Codesco se encargaba del mantenimiento, y eso se hacía en talleres de Buga, y que él una vez fue como en el año 2011 a un taller que le toco llevar unos implementos.

La deponente Yamileth Díaz Molina, señaló que trabaja en Veolia en Palmira por la empresa de servicios temporales. Indicó que su compañero Wilmer, asistente y en reemplazo Luis Eduardo Duran eran quienes adelantaban los procesos disciplinarios para los demandantes. Que las ordenes venían directamente los asistentes y coordinadores de la cooperativa hacía los afiliados demandantes de como hacer las labores. Que todo el proceso disciplinario lo manejaba directamente Codesco y el comité disciplinario de la cooperativa.

Al analizar la prueba en su conjunto, considera la Sala que si bien BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP aceptó la prestación de servicio



a través de la CTA para que se realizara una labor propia de su objeto social, se observa que no se demostró servicio personal directamente con la demandada como empleador, y además se acreditó en juicio que BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP no ejerció subordinación sobre los demandantes

En primer lugar se observa que la CTA fue autónoma en el suministro de las herramientas a los demandantes, pues así se observa de lo afirmado por la representante legal de la enjuiciada BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP quien sostuvo que frente a la dotación y herramientas aclaró que estas eran asumidas y administradas por la CTA y así mismo eran entregadas a todo el personal del aseo, enunció que frente al contrato suscrito entre Buga Aseo y la cooperativa era un contrato civil para la prestación del servicio de aseo a través de Codesco, situación que fue corroborada con el interrogatorio del representante legal de PROACTIVA SA ESP.

Respecto al elemento de subordinación los demandantes realizaron sus esfuerzos en aducir que el personal de PROACTIVA realizaban los llamados de atención y los procesos disciplinarios, pero no señalaron a BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP quien ha prestado los servicios de aseo en el municipio de Buga, aunque el actor Juan Carlos Chacón Velásquez indicó que los supervisores era de PROACTIVA y BUGASEO al reconocerlos por los logos de dichas entidades, lo anterior no es coincidente con el testimonio del señor Marlon Fernando Marmolejo Libreros quien manifestó haber laborado con la CTA y sostuvo que el personal de Buga Aseo no ejerció ningún tipo subordinación o sanción contra los demandantes, porque los reportes de novedad los hacía él como supervisor, además agregó que él como supervisor de Codesco hacía la entrega de las herramientas a los operarios de barridos y apoyo de recolección; que cuando paso de la CTA a Buga Aseo en el año 2012 fue porque la empresa decidió hacerle el contrato directo por la labor y tiempo desempeñado en el que estuvo en Codesco, y que esa misma situación les pasó a los demandantes. Expuso que los procesos disciplinarios o llamados de atención a los afiliados de la CTA Codesco los realizaba él como supervisor, que se hacía el reporte de novedad y se trasladaban al coordinador de Codesco, que impuso sanción a Edwin Herrada porque le incumplía mucho con los EPP (uso de mascarillas, uso de guantes, no uso de la gorra tipo chavo). Señaló que los turnos para operarios de barridos y en el apoyo de recolección los programaba él, programa como iban a laborar en barrido y cuando se requería el apoyo también se coordinaba.

Resulta necesario advertir, que a pesar de ser la demandada beneficiaria del servicio prestado, de lo esbozado se concluye, especialmente del testigo Marlon Fernando Marmolejo Libreros, quien tuvo percepción directa de los hechos y relación con los demandantes cuando estuvieron vinculados con la CTA, que la demandada BUGUEÑA DE ASEO SA ESP hoy VEOLIA ASEO BUGA SA ESP no ejercía subordinación sobre las personas vinculadas a través de las CTA, para poder reconocer que en la realidad se suscitó un vínculo laboral, además la mayoría de los relatos de los accionantes estuvieron encaminados a narrar la relación con la CTA y no con la demandada.



Y Si bien es cierto que dentro de las documentales reposa el instructivo de barrido y limpieza de las diferentes empresas entre ellas BUGASEO SA ESP esta no se encuentra dirigida específicamente a los accionantes.

En conclusión, entonces, si bien BUGASEO hoy Veolia Aseo Buga S.A. E.S.P se benefició del trabajo que realizaron los demandantes, no demostró el servicio personal directamente con BUGASEO, quien subcontrató todo un servicio con la cooperativa; pero sin ejercer subordinación respecto de los demandantes, quienes fueron contratados directamente por la cooperativa de trabajo asociado.

Lo anterior, demuestra que no fue acertada la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga el día veintinueve (29) de julio del año dos mil diecinueve (2019), por lo cual será revocada en su integridad y en su lugar se absolverá a la demandada.

COSTAS

Para culminar, esta colegiatura no impondrá el pago de costas en esta instancia, al resultar parcialmente favorable.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga el día veintinueve (29) de julio del año dos mil diecinueve (2019), y en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:
edd5d399b9f5ca405a8ec19afcb34614d8a775892c96417bb00be1bcd55c0c83
Documento generado en 24/11/2020 03:23:48 p.m.

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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente**

**SENTENCIA NO. 183
APROBADA EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación N°. **76-109-31-05-003-2017-00190-01**. Proceso Ordinario Laboral de **CARMEN ROSA CAICEDO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida en audiencia pública celebrada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle, el día uno (1) de octubre del año dos mil diecinueve (2019).

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

1.- ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

La señora CARMEN ROSA CAICEDO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, pretendiendo que se reconozca la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993(Acuerdo 049 de 1990) desde el momento que cumplió requisitos(retroactivo pensional), de igual manera que se condene al pago de al mesada 14 de los intereses moratorios, indexación e imponer condena en costas procesales.

En apoyo de los anteriores pedimentos adujo en la secuencia fáctica de la demanda que nació el 4 de julio de 1954; que toda la vida cotizó a Colpensiones; que de acuerdo con la Resolución GNR 245880 de 19 de agosto de 2016 la accionante contaba con 6.517 días cotizados; que dentro de la Resolución ídem se le reconoce 1552 días cotizados dentro del convenio Colombo-Español; que cuando al demandante en el año 2005 comenzó a cotizar dentro del convenio colombo español contaba con 1038 semanas. Señala la parte demandante que dentro de la



Resolución GNR 245880 de 19 de agosto de 2016 aparecen reportados 1167 semanas cotizadas sin contabilizar la mora desde diciembre de 1985 hasta marzo de 1990 en que incurrió la empresa AGEMAR. Asegura la accionante que Colpensiones niega el régimen de transición porque de acuerdo con el convenio Colombo Español se pierde el derecho transicional. Finalmente asegura que se debe tener en cuenta el tiempo laborado con la empresa Agemar.

1.2. Contestación de la demanda.

A su turno, el apoderado judicial de la accionada, formuló oposición a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones de méritos denominadas innominada, inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido, cobro de lo no debido, prescripción y buena fé. Como argumentos de su defensa, la entidad accionada asegura que la actora no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez

1.3 Sentencia de primer grado.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle, mediante fallo proferido en audiencia pública verificada el 23 de octubre de 2019, declaró no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones, condena a la entidad de las pretensiones de la demanda, condenando en costas al actor.

Como sustento a la decisión proferida sostuvo el fallador de primer grado que la demandante es beneficiaria al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón de que cumplió con los requisitos del mismo, además que tenía 750 semanas cotizadas a la entrada de vigencia del acto legislativo 01 de 2005. De la misma manera señaló que el convenio celebrado entre Colombia y España no restringe la posibilidad de acceder al derecho pensional y que el régimen de transición es aplicación de la Ley 100 de 1993, y es aplicación del Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, sobre las semanas no reportadas en la empresa Agemar, aseguró que se probó su pago por parte de la demandante. Indicó que las mesadas causadas con anterioridad al 25 de octubre de 2014 se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo y condenó a intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993

CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Competencia de la Sala



Respecto a la decisión de primera instancia, se remitió el expediente para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada por lo que ésta superioridad asume el conocimiento del proceso por vía del grado jurisdiccional de consulta en la forma ordenada por el artículo 69 del CPL toda vez que fue adversa a la entidad de seguridad social sobre la cual la Nación es garante

3. Problema jurídico

De acuerdo con los planteamientos expuestos en la demanda, como problema jurídico asociado se establecerá, en primer término, si la actora por haber cotizado una parte de su periodo laboral en España en aplicación de la Ley 1112 de 2006(Ley a través de la cual se aprueba el “Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España”), le es aplicable o no el régimen transicional?. Como segundo tópico, se determinará si la demandante acreditó los requisitos necesarios para acceder a la Pensión de vejez que solicita en aplicación del régimen de transición.?

Para finalizar se estudiará por parte esta Sala, la procedencia de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como el fenómeno de la prescripción extintiva de las obligaciones

4. Tesis

Considera la Sala que la actora es beneficiaria del régimen de transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y tiene derecho a la pensión solicitada, pero se modificará la sentencia de primer grado respecto de la fecha a partir del cual debe iniciar el pago. Igualmente se confirma el reconocimiento de intereses moratorios, modificando la fecha de causación de este derecho.

5. Argumentos de la decisión

5.1. Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España.

El principal argumento a través del cual Colpensiones niega la pensión de vejez a la demandante se fundamenta en que al haber cotizado a la seguridad social la señora Carmen Rosa en territorio español por un periodo de 1552 días tal como consta en Resolución N° 215325 de 2017, no se le puede aplicar el régimen de transición, si no que la norma aplicar a la señora Carmen Rosa es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

Debido a lo anterior, es del caso estudiar la regulación establecida por la Ley 1112 de 2006, Ley a través de la cual se aprueba el “*Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España*”.



Empecemos, el artículo 2 de la Ley ídem señala: “1. El presente Convenio se aplicará:(.....)

b) *En Colombia:*

A la legislación relativa a las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones (Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad), en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común.”

El artículo 4 convencional prescribe: “Los nacionales de una de las Partes Contratantes que pasen a quedar sometidos a la legislación de la otra Parte tendrán en esta última los mismos derechos y obligaciones establecidos en la legislación de esta Parte para sus nacionales.” Estableciéndose en el artículo 5 del convenio:

“Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, las prestaciones comprendidas en el artículo 2o no serán objeto de reducción, modificación, suspensión, extinción, supresión o retención por el hecho de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio de la otra Parte, y se le harán efectivas en el mismo.”

Por su parte el numeral 2 y 3 del artículo 9 de la Ley ídem estipula: 2. *Asimismo la Institución Competente de cada Parte determinará el derecho a prestaciones totalizando con los propios los períodos de seguro o cotización cumplidos bajo la legislación de la otra Parte. Cuando efectuada la totalización se alcance el derecho a la prestación, para el cálculo de la cuantía a pagar, se aplicarán las reglas siguientes:*

a) Se determinará la cuantía de la prestación a la cual el interesado hubiera tenido derecho como si todos los períodos de seguro o cotización totalizados hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación (pensión teórica) (negrilla fuera del texto);

3. Determinados los derechos conforme se establece en los párrafos precedentes, la Institución Competente de cada Parte reconocerá y abonará la prestación que sea más favorable al interesado, independientemente de la resolución adoptada por la Institución Competente de la otra Parte.”

De toda la normatividad transcrita, se concluye por esta Sala, primero: que el presente convenio solo es aplicable a personas que hacen parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad), en cuanto las contingencia a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común, en Colombia; segundo, que los colombianos que estén sujetos a la aplicación del convenio, están sometidos a la legislación colombiana en los mismos derechos y obligaciones que los colombianos que no cotizaron fuera del territorio colombiano, prohibiéndose que los beneficios del RPM y RAIS se le reduzcan, modifique, suspendan, extingan o supriman los derechos contenidos en aquellos regímenes; tercero, el convenio construye un ficción de tipo legal al considerar que los periodos cotizados en España para colombianos que deseen adquirir el derecho pensional en Colombia, se entienden como cotizados en Colombia para efectos de sumar o acumular las



semanas para efectos de adquirir el derecho pensional; y por último, que la institución competente en cada parte, (en Colombia quien asegura el riesgo de vejez es Colpensiones, en el RPM es Colpensiones y en España el INSS) es quien reconocerá la prestación más favorable al beneficiado en proporción al tiempo cotizado en cada una de los diferentes sistemas.

Respaldo de lo anterior es lo preceptuado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL2022 de 2020, MP Gerardo Botero Zuluaga, a través de la cual se señaló: *“Conforme este articulado, el Convenio tiene como destinatarios los trabajadores, sus familiares, beneficiarios y sobrevivientes de Colombia y España cobijados por las legislaciones de Seguridad Social de uno de esos Estados o de ambos, y cuyo objeto es establecer la posibilidad de **acumular** el tiempo cotizado o aportado en estos países para que sumados esos periodos, el asegurado pueda acceder a las prestaciones por vejez, invalidez o sobrevivencia.”*

Ahora bien, descendiendo al caso objeto de estudio, a folios 83 al 85 del cuaderno 1 se encuentra reporte de semanas cotizadas en pensiones de la señora Carmen Rosa Caicedo Gamboa, a través del cual se constata que la demandante durante toda su vida laboral cotizó al Régimen de Prima Media, salvo el periodo cotizado como trabajadora por cuenta ajena en España, hecho que consta en Resolución N° 215325 de 2017, y es aceptado por la entidad accionada.

Por todo lo anterior, y en virtud de la normatividad citada, le asiste razón al aquo cuando considera que, en el evento de que la señora Carmen Caicedo cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de vejez exigidos por la legislación colombiana en seguridad social, ésta puede ser beneficiaria del régimen transicional, pues es claro el sentir de la norma el pretender que a los Colombianos que cotizaron a la seguridad social en España se les trate en condiciones de igualdad con los connacionales que siempre cotizaron en territorio colombiano, como si siempre hubieran cotizado en territorio colombiano, a efectos de acumular periodo de tiempos cotizados, sin que se le pueda modificar, extinguir o suprimir los beneficios pensionales del Régimen de Prima Media de la Ley 100 de 1993, de la que pretende ser acreedora la señora Carmen Rosa, recordando, tal cual lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es aplicación en estricto sentido de la misma Ley 100 de 1993, y no de las normas que por remisión, se aplican al beneficiado del régimen transicional.

5.2 Régimen de Transición.

El régimen de transición fue concebido por el legislador colombiano con el fin de proteger los efectos negativos que pudiera conllevar el cambio de legislación. Con relación a la expedición de la Ley 100 de 1993, fue el artículo 36 el que reguló el tema, norma que señala que el régimen de transición es aplicable a aquellas personas que al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema



General de Pensiones, reunían las siguientes condiciones: i) Que tuvieran 15 o más años de servicios cotizados, o ii) 40 o más años de edad en el caso de los hombres o 35 años o más en el caso de las mujeres.

Así las cosas, los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a que, para efectos de la pensión de vejez, se les tomen en cuenta las condiciones de edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y porcentaje de pensión, señalados en las normas que les resultaban aplicables.

Con relación al régimen aplicable, se deben tener en cuenta las condiciones del afiliado en cada caso concreto. Así, si a 1° de abril de 1994, el trabajador se registraba afiliación al Instituto de Seguros Sociales antes de la entrada en vigencia al régimen, la norma aplicable son los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.

Es de precisar, además, que con la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005, se limitó la aplicabilidad del régimen de transición adicionando los siguientes requisitos:

"Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

De las normas reseñadas se puede concluir que el afiliado-beneficiario de la transición debe cumplir los requisitos del régimen anterior antes del 31 de julio de 2010; pero si a la entrada en vigencia del acto legislativo, 01 de 2005, esto es, 22 de julio de 2005, el trabajador demuestra una densidad de cotizaciones de al menos 750 semanas, puede conservar el derecho al régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, como última fecha de vigencia del beneficio de la transición.

5.3. Requisitos consagrados en el Acuerdo 049 de 1990

Con relación al estudio de la pensión con las normas del acuerdo 049 de 1990 el artículo 12 del decreto 758 de 1990 señala: *"ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:*

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."*



Caso concreto

Previo a resolver si la señora Carmen Rosa es beneficiaria del régimen de transición, es necesario abordar, tal como lo hizo el aquo, el número de semanas cotizadas por la accionante, pues se alega con la demanda que dentro del periodo comprendido entre el mes diciembre de 1985 a marzo de 1990, cotizó con la empresa AGEMAR, indicando que la misma incurrió en mora. Por su parte la primera instancia acogió la tesis de la accionante alegando que la misma probó que durante el tiempo reseñado se hicieron las cotizaciones correspondientes.

Descendiendo al caso objeto de estudio, a folio 87 de expediente se encuentra historia laboral tradicional, emitida por Colpensiones a través de la cual se constata el retiro de la señora Carmen Rosa del sistema de seguridad social el 15 de marzo de 1985 y su posterior ingreso el 18 de marzo de 1990. De otro lado, a folio 25 del cuaderno 1, se verifica aviso de cobro de 2 de marzo de 1990 expedido por el extinto ISS, a través del cual se requiere a la empresa AGEMAR, para que pague periodo no cotizados de los meses de diciembre de los años 1985, 1986, 1987 y 1988 y los meses de enero, febrero y marzo de 1989, sin atestación de pago y sin indicarse a que trabajadores correspondían esas cotizaciones; A folio 26 del expediente, se verifica aviso de cobro de 2 de marzo de 1990 expedido por el extinto ISS, a través del cual se requiere a la empresa AGEMAR, para que pague periodo no cotizados de los meses de noviembre y diciembre del año 1989 y el mes de enero de 1990, recibo que si tiene atestación de pago, sin embargo dentro del mismo se desconoce sobre que empleados recae la cotización, situación similar acontece con el recibo de caja del 6 de marzo de 1990 contentivo a folio 27.

Erra el juez de instancia al reconocer como periodos cotizados de la accionante los comprendidos entre el mes diciembre de 1985 al mes marzo de 1990, pues es de observar que dentro del expediente la demandante no acreditó haber trabajado para la empresa Agemar durante esas calendas, y de los pagos realizados por la empresa Agemar dentro de esos periodos no se puede concluir que la demandante estuvo vinculada con la empresa, y que si bien, se acredita que la empresa Agemar cotizó a la seguridad en ese periodo de tiempo, no se puede sostener que esas cotizaciones corresponden a los periodos trabajados por la accionante con la empresa Agemar. En razón de lo anterior, para determinarse por esta Sala Laboral, si la actora cumple con los requisitos para acceder al régimen de transición se tomarán las semanas efectivamente cotizadas a Colpensiones de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas contentivos a folios 83 a 85 del expediente, así como los días cotizados en España folio 92 del expediente.

Ahora bien, de conformidad con la copia de la cédula de ciudadanía, fl. 10 del expediente, se puede extraer que la demandante nació el 4 de julio de 1954, por lo tanto, al 1° de abril de 1994 contaba con 39 años de edad cumplidos. A la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es a 22 de julio de 2005, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas contentivos a folios 83 a 85 del expediente, así como los días cotizados en España folio 92 del expediente, la



accionante contaba con 839, 51 semanas cotizadas al sistema, razón por la cual, puede conservar el derecho al régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (régimen de transición aplicable a la demandante) para el caso de las mujeres, para obtener el derecho a la pensión de vejez se requiere acreditar 55 años de edad y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de esa edad.

Al respecto, puede deducirse que el 4 de julio 2009 arribó la demandante a los 55 años de edad, calenda para la cual, acreditó 984,51 semanas y no las 1000 semanas requeridas en cualquier tiempo, sin embargo, al extenderse su régimen transicional hasta el 31 de diciembre de 2014 por haber cotizado más de 750 semana a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, constata esta Sala que al 30 de septiembre del año 2009 contaba con 1000 semana cotizadas en cualquier tiempo, verificándose también que cumplió con las 500 en los 20 años anteriores a la edad, cotizando un total de 510, 8 semanas, esto es, desde el 4 de julio de 1989 hasta el 4 de julio de 2009. Así las cosas, sin lugar a dudas, la señora es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como bien lo tuvo el aquo, y bajo ese régimen cumplió los requisitos para acceder a la pensión que reclama.

Mesada pensional y retroactivo pensional.

De acuerdo con el artículo 20 del Decreto 758 de 1990 y teniendo en cuenta que la demandante cotizó un total de 1240 semanas sumado el tiempo cotizado en España (folios 83 y 92 del expediente) tiene derecho a un porcentaje 87% de la ibl. Lo anterior teniendo en cuenta que para determinar el importe de la mesada pensional, en menester aplicar lo prescrito en el numeral 2 del artículo 9 y el parágrafo 2 artículo 16 de la Ley 1112 de 2006, normatividad que indica, primero, que se determinará la cuantía de la prestación a la cual el interesado hubiera tenido derecho como si todos los períodos de seguro o cotización totalizados hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación, tal como se realizó en precedencia y posteriormente COLPENSIONES deberá pagar solamente el porcentaje cotizado en Colombia.

Segundo, el importe de la prestación se establecerá en proporción al periodo de cotización cumplido en la Parte a que pertenece la Institución que calcula la prestación y la totalidad de los períodos de seguro o cotización cumplidos en ambas Partes (pensión prorata).

Precisándose en el parágrafo 2 artículo 16 de la Ley ídem que de los Certificados de tiempos servidos o aportados por el trabajador en cada una de las Partes, la parte colombiana podrá reconocer y pagar independientemente la prorata a que el



interesado tiene derecho según el apartado 2 del artículo 9o, cuando este cumpla con la edad requerida.

Lo anterior tiene respaldo en las subreglas establecidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2022 de 2020, MP Gerardo Botero Zuluaga, en la cual se indica como se acumulan los tiempos de servicio cotizados en los dos países y como se cuantifica el derecho pensiona bajo cada una de las legislaciones donde cotizó el afiliado precisando:

- *Acorde con esta disposición, la «pensión teórica», a la que se hace referencia, es aquella que surge de la sumatoria de tiempos cotizados en España y Colombia, a la cual tendría derecho un afiliado en virtud de este Convenio; para establecer la existencia de esa acreencia, debe la entidad competente de cada parte, totalizar los periodos cotizados en ese país con los del otro.*
- *Para efectos de entrar a determinar la cuantía de la pensión, deben suponerse que todos los periodos fueron cotizados bajo la legislación propia, y con base en ese cálculo se entra a establecer el valor de la cuota parte o «pensión prorata» como allí se denomina, que a cada Estado le correspondería cancelar de acuerdo a la proporción de periodos cotizados que en ellos se haya aportado, sin que en ningún momento se puedan superponer o contabilizar tiempos dobles.*

Teniendo en cuenta lo anterior, la entidad demandada, Colpensiones, reconocerá y pagará mesada pensional, en proporción al tiempo cotizado para dicha entidad, de acuerdo con las reglas establecidas, debiéndose reconocer y determinar el monto de la mesada pensional a prorrata del tiempo cotizado en el sistema de seguridad social Colombiano.

Respecto de la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, Los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, señalan que el disfrute de la pensión comienza a partir de la desafiliación al sistema”. La Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral **en sentencia SL2586-2019, radicación n° 75505, reiteró que** la pensión de vejez se causa desde el momento en que se satisfacen los requisitos de ley, su disfrute inicia a partir de la desafiliación del sistema y *«para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo»*.

En la misma sentencia la Corte reiteró el criterio “que todos los aportes para pensión efectuados por el asegurado deben computarse en la liquidación, aun cuando estos se sufragen con posterioridad al cumplimiento de los requisitos mínimos pensionales; solo si redundan en beneficio para el pensionado”. Es decir, el trabajador tiene derecho a incluir en la liquidación pensional todos los tiempos aportados hasta la última cotización; regla general que se exceptúa “cuando los aportes que se hicieron luego del cumplimiento de esos requisitos mínimos generan un desmedro del IBL, ya que en tales eventos deberán excluirse de la liquidación”:



En las sentencias SL 22630, 7 sep. 2004, reiteradas en las sentencias SL4542-2018 y CSJ SL4029-2017 la Corte respecto de las cotizaciones que se deben incluir en el cálculo del IBL precisó:

l) que cuando el afiliado ha continuado aportando al sistema general de pensiones una vez satisfechos los presupuestos legales para obtener la pensión, acorde con los fines de la seguridad social, es deber reconocer hasta la última cotización, siempre que su no inclusión conlleve una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional.

li) Del anterior modo, si al afiliado le resulta más beneficioso que el ingreso base de liquidación se obtenga tomando sólo el promedio de lo devengado entre la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y el momento en que cumpla los requisitos para la pensión, haciendo abstracción de los aportes realizados con posterioridad a dicha calenda, así debe procederse (negrilla fuera de texto).

El aquo sentenció que la señora Carmen Rosa Caicedo es beneficiaria de la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición, además teniendo en cuenta que se encuentran prescritas todas la mesadas causadas antes del 8 de julio de 2012, y que se debería reconocer el retroactivo pensional a partir del 9 de julio de 2012, decisión que no comparte la Sala, pues al revisar la historia laboral la señora CAICEDO cotizó hasta el 21 de agosto del 2017, esas cotizaciones se hicieron con posterioridad al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo y se han tenido en cuenta en esta decisión para incrementar el monto de la pensión solicitada por la demandante. De manera entonces que el retroactivo deberá pagarse por Colpensiones a partir del 22 de agosto de 2017.

Además, se reconocerá la mesada 14 de acuerdo con lo ordenado por el parágrafo transitorios 6º del Acto Legislativo 01 de 2005, pues el derecho pensional nace a partir del 4 Julio de 2009, en cuantía de menos de 3 SMLMV, monto sobre el cual se tendrá que hacer los descuentos a salud.

5.5. Prescripción

Teniendo en cuenta que la pensión se causa desde el 22 de agosto de 2017 y que la demanda se presentó el 26 de octubre de 2017 (fl. 9 del expediente), las mesadas pensionales no se encuentran afectadas por la prescripción.

5.3. Intereses moratorios.

Respecto a la pretensión de intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la Sala realiza las siguientes precisiones:

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, establece que las administradoras de pensiones deben reconocer la pensión



en tiempo no superior a cuatro meses después de radicada la solicitud por el peticionario, y vencido el término, entran en mora y deben pagar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que dispuso:

“A partir del 1º de enero de 1994 en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”.

La imposición de los intereses moratorios debe hacerse desde el momento en el que vence el plazo legal para que la entidad de seguridad social otorgue el derecho pensional cuando se está frente a una sola petición de reconocimiento de la prestación. Cuando un afiliado se ve obligado a solicitar el derecho varias veces, por negligencia del ente administrador, en este caso la mora se causa, luego del vencimiento del plazo para responder contado desde la primera solicitud CSJ SL10022-2015, SL5577 de 2018.

En el mismo sentido, la Corte en la sentencia SL4980-2019 RAD ° 70411, preciso que habrá retardo por parte de la entidad competente para el reconocimiento y pago de la pensión, **cuando presentada la solicitud de manera completa**, no se dé respuesta de fondo, en el término establecido por la normatividad, de manera que si la negativa obedece a documentación incompleta o cuando no se acredita ante la administradora el correspondiente derecho, no puede hablar de mora.

Así mismo, precisa la Sala, que los intereses moratorios no tienen un carácter sancionatorio, de suerte que, por regla general, para imponer la condena por este concepto, no es necesario indagar sobre las razones de la conducta del deudor moroso; sin embargo, a partir de la sentencia del 13 de junio de 2012, rad. N° 42783, la Corte moderó esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir. En este mismo sentido precisa la Corte que existen circunstancias en las cuales la demora en dar respuesta se debe a la necesidad de establecer verdades reales como es la determinar el beneficiario de la prestación, o cuando nos encontramos ante un cambio jurisprudencial.

Finalmente en reciente sentencia SL1681 del 3 de junio de 2020, rad n.º 75127 la Corte modificó su posición jurisprudencial según la cual los réditos moratorios del artículo 141 de 1993 únicamente proceden frente a pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones en su lugar, postula que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican



a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

Descendiendo al caso objeto de estudio, insuficientes resultan los argumentos expuestos por Colpensiones para negar el derecho a la pensión de vejez de la accionante, argumentos que contrarían la Ley 1112 de 2006, desatino, como a bien lo sostuvo la primera instancia, que tiene como consecuencia el reconocimiento de intereses moratorios del artículo 141 ídem. En el sublite si bien la demandante solicitó la pensión el 10 de julio de 2015, no se pueden reconocer los intereses al vencimiento de los 4 meses, porque como se explicó en precedencia, la demandante siguió cotizando hasta el 21 de agosto de 2017, es decir, que los intereses solo pueden correr cuando esa mesada se causó, esto es a partir del 1o de septiembre de 2017.

5. Costas de segunda instancia.

No hay lugar a imponer condena en costas de segunda instancia, porque el conocimiento de los asuntos revisados responde al ejercicio del grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

Por las razones sustentadas el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**, en **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1o, 2o y 3o de la sentencia N° 88 de 1 de octubre de 2019 emitida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Buenaventura, los cuales quedarán de la siguiente manera:

*“**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la parte demandada.*

***SEGUNDO:CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** - representada legalmente por **JUAN MIGUEL VILLA LORA** o por quien haga sus veces, a **RECONOCER Y PAGAR** a favor de **CARMEN ROSA CAICEDO GAMBOA**, de condiciones civiles conocidas en autos, la pensión de vejez a partir de día siguiente a la desafiliación, es decir a partir del 22 de agosto de 2017, en un porcentaje del 87% del IBL. Igualmente, deberá pagar las mesadas insolutas ordinarias y especiales, con los respectivos incrementos legales anuales causadas a partir de la anterior fecha, con la advertencia que la liquidación de la pensión reconocida deberá observar los parámetros previstos en el artículo 9 de la Ley 1112 de 2006, tal como se indicó en precedencia, debiendo pagar a prorrata de las cotizaciones realizadas en Colombia.”*



TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** - representada legalmente por **JUAN MIGUEL VILLA LORA** o por quien haga sus veces, a **RECONOCER Y PAGAR a favor de CARMEN ROSA CAICEDO GAMBOA**, de condiciones civiles conocidas en autos, los intereses moratorios del artículo 141 a partir del 1o de septiembre de 2017 a la tasa vigente al momento en que se realice el pago.”

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia N° 88 de 1 de octubre de 2019 emitida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Buenaventura, objeto de grado jurisdiccional de consulta, por las consideraciones esbozadas en líneas precedentes.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

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



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

Código de verificación:

25aca2a06c5d574e8a918e51631c0f0d51dd403dba9f14a253b65f1032b2dbea

Documento generado en 24/11/2020 03:24:35 p.m.

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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente**

**SENTENCIA NO. 184
APROBADA EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

**Ref.: Apelación de Sentencia proceso especial de fuero sindical promovido por
ALCALDIA MUNICIPAL DE BUGA contra MARIO GERMAN MENESES
MENESES. RAD. 76-111-31-05-001-2019-00236-01**

OBJETO DE LA DECISION

Procede la Sala Tercera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados **GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS**, quien actúa como ponente **MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR**, **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**, a decidir de plano la apelación presentada por la parte demandada dentro del proceso especial de fuero sindical – levantamiento.

ANTECEDENTES

1. demanda.

La Alcaldía municipal de Buga Valle instauró proceso especial de fuero sindical contra el señor **MARIO GERMAN MENESES MENESES**, a fin que se declare que el trabajador amparado de fuero sindical ha incurrido en las justas causas de despido conforme se estableció en el proceso disciplinario y como consecuencia de la declaración anterior se autorice el despido sin indemnización alguna.

Como sustento de sus pretensiones manifestó: que mediante la Resolución No. 1581 del 19 de agosto de 2011, se nombró provisionalmente al señor **MARIO GERMAN MENESES MENESES**, como agente de tránsito código 340 grado 01 del municipio de Guadalajara de Buga.

Indicó que el funcionario demandado ostenta en la actualidad el cargo de suplente del vicepresidente del Sindicato de Empleados Públicos “SEP”.

Señala que, en el mes de agosto de 2017, el ciudadano **JOSE LUIS PEREZ OCAMPO**, denunció ante la Personería Municipal por presuntas irregularidades en la orden de comparendo interpuesta el 15 de agosto de 2017.

Proceso especial de levantamiento de fuero sindical

Demandante:

DEMANDADO: **JUAN FELIPE LORZA VASQUEZ**

RAD.: 76-520-31-05-001-2016-00074-02



Expone que, la personería municipal determino que la denuncia cumplía con los requisitos del artículo 150 de la Ley 734/02, ordenando la apertura de indagación preliminar contra del servidor demandado.

Manifestó que, en la diligencia de indagación preliminar, la personería municipal recaudo material probatorio tanto documental como testimonial suficiente para evidenciar la existencia de méritos facticos y jurídicos para endilgarle al disciplinario los cargos y dar trámite al procedimiento verbal establecido en el artículo 155 y siguientes de la Ley 734/02.

Además, que mediante el auto No. 033 del 22 de mayo de 2019, la Personería Municipal, cito a audiencia al demandado, realizando la adecuación típica contemplada en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, y el artículo 286 del C.P.

Que el 4 de junio de 2019, se notificó al demandado en su condición de agente de tránsito municipal, que con su conducta había incurrido en la falta gravísima consagrada en el artículo 48 numeral 1 de la Ley 734/02, al realizar objetivamente la descripción típica prevista en el art.286 del C.P., al haber elaborado y firmado una orden de comparendo, consignando en ella una situación sustancialmente contraria a la realidad, que se traduce en manifestar en la casilla de observaciones de No. 7611100000001585190 del 15 de agosto de 2017, que el señor J.L.P.O., transportaba a la señora A.Y.V., sin que tal situación se haya presentado, abusando así de la función que ejerce como autoridad de tránsito, para consignar una falsedad, a fin de adelantar la actuación administrativa correspondiente.

Por último, indicó que el 13 de agosto de 2019, la Personería Municipal, notificó el proceso disciplinario No. 032-2017, adelantado en contra del funcionario público MARIO GERMAN MENESES MENESES, la orden de destitución del cargo e inhabilidad general por 10 años, decisión que fue confirmada mediante providencia del 2 de agosto de 2019, se encuentra en firme y debidamente ejecutoriada.

2. Actuación procesal.

Mediante Auto No.0949 del 30 de septiembre de 2019, el juzgado de conocimiento admitió la demanda y dispuso correr el traslado de rigor al demandado y notificar a la asociación sindical "SEP" (ff. 48-49)

Efectuada en debida forma las notificaciones ordenadas, se citó para la audiencia de que trata el Art. 114 del CPT y la SS., el demandado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas, solicitó pruebas testimoniales y presentó excepción previa de prescripción y de fondo.



Resuelta la excepción previa de inepta demanda, el operador jurídico la negó al considerar que la misma no se encuadra alguna de las dos conductas que censura el mencionado artículo 100 del CGP., basta entender que el demandado alega que no se invocó de modo expreso la petición del levantamiento del fuero.

3. decisión de primera instancia.

Mediante sentencia No. 0044, el Juzgado Primero Laboral de Buga Valle, resolvió.

“PRIMERO: Declara no probada las excepciones de méritos, propuestos por el demandado Mario German Meneses Meneses.

SEGUNDO: Declarar el levantamiento del fuero sindical que ostenta Mario German Meneses Meneses, dada las consideraciones esbozadas en este prodigo, en consecuencia, se califica que la destitución del señor Mario German Meneses, se dio por una justa causa, tal como se determinó en el proceso administrativo.

TERCERO: Condenar en costas el demandado Mario German Meneses. Líquidese por secretaria una vez en firme la presente providencia.

...”

4. El recurso de apelación

Me permito interponer recurso de apelación, contra la sentencia acabada de proferir, la cual expondré en los siguientes términos. Frente a la decisión del despacho, en cuanto a autorizar el levantamiento del fuero sindical y por ende, determinar cómo justa causa la desvinculación del funcionario público, me permito reiterar en lo que básicamente expuse como excepción de mérito, en cuanto a que el papel del Juez Laboral no solamente deberá basarse frente a la prueba de la existencia del fallo disciplinario, sino que el análisis debe ser precisamente frente a la justa causa, que como bien lo expresó el despacho, tuvo la oportunidad de defensa, se presentaron pruebas, se controvertieron, pero en el presente caso básicamente la discusión del alegato que se hace, es frente a la interpretación de la tipicidad con la que fue sancionado mi cobijado, en ese sentido se manifiesta que con la falta de tipicidad, se derrumba uno de los tres pilares fundamentales de la acción disciplinaria, y en ese sentido requiero por favor sea elevado al juez de segunda, para que sea el quien desate el asunto.

Surtido el trámite propio de la segunda instancia, la Sala entra a resolver de plano lo que en derecho corresponda, con apoyo en las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

REFERENCIA: PROCESO ESPECIAL DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL
DEMANDANTE: ALCALDÍA MUNICIPAL DE BUGA VALLE
DEMANDADO: MARIO GERMAN MENESES MENESES
RADICACION: 76-111-31-05-001-2019-00236-01



Sea lo primero advertir que en el caso objeto de revisión, no se observa irregularidad que pueda invalidar la actuación, por manera que se decidirá de fondo el recurso de apelación presentado y sustentado en tiempo por la parte demandante.

2. COMPETENCIA DE LA SALA

Conforme el artículo 117 del C.P.T. y S.S. la sentencia proferida en el proceso especial de fuero sindical es apelable en el efecto suspensivo, irrogando competencia al Tribunal para conocer de los puntos de apelación expuestos por el apelante BANCOLOMBIA SA.

3. PROBLEMA JURIDICO

Dentro del presente caso no es materia de discusión relación legal y reglamentaria que unió a las partes y la calidad de aforado del señor MARIA GERMAN MENESES MENESES.

Siendo lo anterior así, teniendo en cuenta los reparos señalados en el recurso de apelación, le corresponderá a la Sala establecer: (i.) si el fallo de primera instancia solamente se basó únicamente en la existencia del fallo disciplinario, y, (ii.) si la interpretación de la tipicidad con la que fue sancionado el demandado desapareció derrumbando uno de los tres pilares fundamentales de la acción disciplinaria?

4. TESIS

La Sala de decisión confirmará la sentencia de primer grado en la que se autorizó levantamiento del fuero sindical por haberse demostrado que existe una justa causa para el despido del trabajador sindicalizado.

5. ARGUMENTOS DE LA DECISION

5.1 Fuero sindical.

En primer lugar cabe considerar que la definición legal de fuero contenida en el artículo 405 del CST, 39 y 53 de la Constitución Política constituye un prerrogativa que poseen algunos trabajadores sindicalizados para no ser despedidos, trasladados o desmejorados sin previa calificación judicial, lo que en suma se traduce en un amparo o protección para los directivos, fundadores y otros miembros de la organización sindical que se encuentren dentro de las circunstancias previstas por el artículo 406 del CST, buscando garantizar el derecho de asociación, facilitando el ejercicio de su labor en representación de una organización sindical.



Conforme al artículo 405 CST, “se denomina “fuero sindical” la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo.”

Y, conforme al art. 406, modificado por el art. 12 de la ley 584 de 2.000, están amparados por el fuero sindical:

ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL. <Ver Notas del Editor> <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Están amparados por el fuero sindical:

a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;

b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;

c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. ~~Esta comisión será designada por la organización sindical que agrupe el mayor número de trabajadores.~~

5.2. Acción de levantamiento de fuero sindical.

Por medio de este derecho subjetivo el empleador puede solicitar a los jueces laborales el permiso necesario para despedir legalmente a un trabajador aforado.

Esta solicitud de permiso judicial no procede en todos los casos, el juez sólo autorizará al empleador para despedir a su trabajador protegido por el fuero sindical cuando las causales invocadas sean la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, la suspensión total o parcial de actividades por



parte del patrono durante más de 120 días, o una de las justas causas de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador contenidas en el literal A), artículo 7, decreto 2351 de 1965.

La Corte Constitucional ha señalado la finalidad de la acción de levantamiento del fuero sindical, providencia donde puntualizó *“el objeto de la solicitud judicial previa al despido (levantamiento del fuero sindical), es la verificación de la ocurrencia real de la causal alegada y la valoración de su legalidad o ilegalidad. En cambio, en la acción de reintegro se trata de analizar si el demandante estaba obligado a solicitar el permiso judicial, y si dicho requisito efectivamente se cumplió.”* Sentencia T - 675 de 2009.

5.3. Procedimiento Convencional

Sobre los derechos y procedimientos contenidos en las convenciones colectivas, conviene precisar que existe criterio constante de la Corte Suprema de Justicia el cual se reiteró en la sentencia **SL363-2019 - Radicación n.º 67726**, que cuando se persigue la declaración de un derecho de raigambre extralegal, se impone la acreditación de la fuente que lo consagra con los requisitos previstos en la ley. Cuando la fuente es la convención colectiva, en la misma sentencia la Corte insiste en que debe allegarse la convención colectiva de trabajo con la constancia de depósito oportuno, pues lo contrario supone dar aplicación irrestricta al artículo 469 aludido y, por ende, entender al tenor de esta norma que *«[...] sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto»*, como lo infirió el Tribunal.

5. Caso concreto

En primer lugar, en cuanto a la calidad de aforado del demandado se anexó dentro a las diligencias (f.12), oficio SEP-077 del 5 de septiembre de 2019, suscrito por el presidente y la secretaria del sindicato SEP, donde informan que el demandado, ostenta la calidad de suplente del vicepresidente de la organización sindical, por lo tanto, no existe duda que gozaba de fuero sindical, razón por la cual antes de ser declarado insubsistente, se debe solicitar previamente la autorización del juez laboral.

Ahora, los reparos señalados por el apoderado judicial del demandado van dirigidos a demostrar que la decisión del a quo, se basó únicamente en el proceso disciplinario adelantado en su momento contra el aforado, y que las causas para la tipificación de la conducta desaparecieron. Veamos.

Pruebas aportadas por la parte actora: i.) Constancia emitida por el sindicato de empleados públicos SEP, donde anuncia la calidad de afiliado a la mencionada organización sindical. (f. 13); ii.) Resolución DAM No. 1581 de agosto 19 de 2011, por medio de la cual se hizo el nombramiento al cargo que desempeñaba el



demandado. (ff.14-17); iii.) Comunicación sanción disciplinaria (f.18); iv.) Copia de la diligencia de descargos y actuación procesal (ff.20-42).

De otro lado, el demandado en su escrito de respuesta se limitó alegar una presunta violación al debido proceso y adecuación típica de las conductas del funcionario público, sin embargo, no allegó ninguna prueba, tan solo solicitó que se tuvieran en cuenta las actuaciones adelantadas dentro del proceso disciplinario radicado No. 032-2017, desde la indagación preliminar hasta los fallos de primera y segunda instancia. Adicionalmente, considera que el comparendo no es la prueba idónea por lo que se realizó una inadecuada tipicidad de la conducta indilgada, lo que conlleva a la imposición de una sanción desproporcionada.

En el presente asunto, está acreditado que antes de presentar el proceso especial de levantamiento del fuero sindical, la Personería Municipal de Guadalajara de Buga, adelantó proceso disciplinario No. 032-2017 ante la queja formal interpuesta por el ciudadano JOSE LUIS PEREZ OCAMPO, a contra el demandado MARIO GERMAN MENESES MENESES, en su calidad de servidor público, por las presuntas irregularidades cometidas durante el procedimiento operativo contravencional de tránsito ocurrido el 15 de agosto de 2017, donde el agente de tránsito presuntamente incurrió en conductas abusivas al imponer una orden de comparendo al quejoso por transportar a la señora AIMEE YELITSA VALERO OSORIO, investigación que finalizó con la decisión de destitución del cargo e inhabilidad general por 10 años.

El cargo formulado al demandado dentro del proceso disciplinario es el siguiente:

“CARGO UNICO:

*Se le reprocha al señor **MARIO GERMAN MENESES MENESES**, en su condición de agente de tránsito municipal, el hecho de, presuntamente, haber incurrido con su conducta, en la falta gravísima consagrada en el artículo 48 numeral 1 de la ley 734 de 2002, al realizar objetivamente la descripción típica prevista en el artículo 286 del Código Penal Colombiana –Falsedad Ideológica en Documento Público-, toda vez que elaboró y firmó una orden de comparendo, consignando en ella, una situación sustancialmente contraria a la realidad, que se traduce en manifestar en la casilla de observaciones de la orden de comparendo No. 7611100000011585190 de fecha 15 de agosto de 2017, que el señor **JOSE LUIS PEREZ OCAMPO**, transportaba en su vehículo a la señora AIMEE YELITSA VALERO con cc 1116280799 de Tuluá, sin que tal situación se haya presentado, abusando de la función que ejerce como autoridad de tránsito, para consignar una falsedad, a fin de que se le adelantará la actuación administrativa sancionatoria correspondiente.”*

Así pues, al adentrarse esta Corporación en el estudio del material probatorio se observa dentro de la actuación disciplinaria que se recibieron los descargos presentados por el apoderado judicial del demandado, las declaraciones de los señores AIMEE YELITSA VALERO OSORIO, ANTONIO CASAÑAS POTES, HANNY DURANGO GARZON, CARLOS ARTURO GARCIA MARTINEZ y CRISTIAN DAVID BLANCO BOCANEGRA, la versión libre del quejoso y el

REFERENCIA: PROCESO ESPECIAL DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL
DEMANDANTE: ALCALDÍA MUNICIPAL DE BUGA VALLE
DEMANDADO: MARIO GERMAN MENESES MENESES
RADICACION: 76-111-31-05-001-2019-00236-01



demandado. Además, también fue objeto de valoración probatoria, los videos de las cámaras de seguridad de la Policía Nacional y planos del sector.

En la mencionada diligencia de descargos rendida el 18 de junio de 2019, por el apoderado judicial del demandando, la defensa se encaminó a desvirtuar la conducta indilgada por la falsedad ideológica y la reconstrucción de los hechos acontecidos el 15 de agosto de 2017, argumentando que el comparendo *“es una orden formal de notificación para que el presunto contraventor o implicado se presente ante la autoridad de tránsito por la comisión de una infracción”*. Citó un concepto realizado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 17 de septiembre de 1997, donde se itera que *“el comparendo es una citación de carácter policivo que se hace al presunto infractor de una norma de tránsito ...”* *“El comparendo no es un medio de prueba, por cuanto no constituye un documento idóneo para demostrar la ocurrencia de los hechos, ya que como lo dice la misma definición, es sencillamente una orden formal de citación al contraventor y es en la audiencia pública realizada ante autoridad de tránsito competente, que se decretan y se practican las pruebas ...”*

Posteriormente se recibió la versión libre y espontánea del señor MENESES, quien tras hacer un recuento de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la ocurrencia de los hechos que originaron la queja formal en su contra, quien, dentro de las respuestas dadas a las preguntas formuladas dentro del proceso disciplinario, contestó que *“... subo nuevamente por la calle 4 y me encuentro una cuadra más arriba a la señora que presuntamente él iba a llevar, le solicito la cédula y ella me la suministra, le tomo foto a la cédula por lado y lado. Después de esto me dirijo a identificar el moto ratón, quien se encontraba escondido en un pastizal.”* Cuando se le preguntó por las características de la presunta pasajera y como iba vestida respondió *“Era una mujer de contextura gruesa, mona, peli clara, estatura mediana. Llevaba ropa clara.”*

Luego, el 20 de septiembre de 2017, el quejoso solicitó que se tuvieran en cuenta las declaraciones juramentadas de los señores AIMEE YELITSA VALERO OSORIO, y su esposo ERWINGS MARTINEZ CIFUENTES, los cuales fueron citados para escuchar sus declaraciones, la señora VALERO OSORIO, quien supuestamente era la pasajera o la persona que pretendía recoger el quejoso, manifestó que conoció del caso en particular porque el señor JOSE LUIS PEREZ la contactó para informarle que aparecía como parrillera en un comparendo, que el señor PEREZ y su esposa, la buscaron para comentarle lo sucedido, y casualmente ese mismo día le hicieron un comparendo a su esposo a las 7:00 a.m., en el mismo sector de los hechos que originaron la queja.

Adicionalmente, la declarante manifestó que el agente MENESES le solicitó los documentos a su esposo y él se los entregó en un sobre sin percatarse que estaba la cédula de ella, que cuando le regresaron los documentos la cédula no estaba, indicó que ella no iba montada en ninguna moto, que cuando fue a rendir declaración



ante la Secretaría de tránsito se percató que el agente tenía como evidencia su cédula de ciudadanía en las manos, porque ella se la entregó, lo cual, no era verdad, puesto que ella no estaba en ese lugar y solo se percató de la pérdida de su documento 5 días después que le hicieran el comparendo a su esposo cuando necesitó el documento para una cita médica y al revisar el sobre donde guardaban los documentos éste no estaba, por lo que procedió a colocar la respectiva denuncia por el extravío el 25 de agosto de 2017, y conocida la situación irregular cometida por el demandado con su cédula de ciudadanía, procedió a interponer denuncia ante la Fiscalía General de la Nación el 22 de septiembre de 2017, por el delito de falsedad ideológica en documento público.

La versión anterior, fue corroborada por el señor ERWINGS MARTINEZ CIFUENTES, esposo de la señora VALERO OSORIO, quien se enteró de lo sucedido porque fue contactado por el señor JORGE LUIS PEREZ OCAMPO- quien le informó que su esposa aparecía como parrillera en un comparendo que le habían realizado.

Al hilo de lo anterior, la parte demandada solicitó la declaración de los señores ANTONIO CASAÑAS POTES, JHANNY DURANGO GARZON, CARLOS ARTURO GARCIA MARTINEZ y CRISTIAN DAVID BLANCO BOCANEGRA, en aras de demostrar que su conducta estuvo ajustada a los procedimientos legales establecidos. No obstante, el primer declarante poco o nada aportó porque pese a que estaba cerca del lugar de los hechos se limitó a narrar la versión conocida, sin puntualizar las características de la supuesta pasajera.

Los otros declarantes, afirmaron que vieron correr al paisa, que el agente Meneses venía rápido, pero habló con una señora, pero que no saben que habló o si ella le mostró algún documento, porque ellos se fueron.

Ahora bien, previo a tomar la decisión de fondo la Sala consideró necesario requerir al juzgado de origen y a la personería municipal de Guadalajara de Buga, para que aportaran a las diligencias el proceso disciplinario que se adelantó en contra del agente de tránsito MARIO GERMAN MENESES MENESES.

Una vez aportada la prueba requerida, se observa dentro de la investigación disciplinaria adelantada por la Personería municipal de Guadalajara de Buga, a folio 3 las ordenes de comparendo 76111000000015851189 de fecha y hora 1/08/2017 a las 13:48:57 código de la infracción D-07, y 76111000000015851190 de fecha y hora 1/08/2017 a las 14:00:26, código de infracción D-12, impuestas por el agente de tránsito MARIO GERMAN MENESES MENESES, al señor JOSE LUIS PEREZ CAMPO, por haber incurrido en las siguientes faltas, la primera por *“Conducir realizando maniobras altamente peligrosas, siempre y cuando ponga en peligro a las personas o cosas y que constituya conductas dolosas o altamente imprudentes. En caso de las motocicletas se inmovilizarán hasta tanto pague la multa”*; la segunda por *“Conducir un vehículo que, sin la debida autorización se*



destine a un servicio diferente de aquel para la cual tiene licencia de tránsito. Además, el vehículo será inmovilizado ...”, y donde el agente consigno en la casilla de observaciones que “TRANSPORTA A LA SEÑORA AIMEE YELITZA VALERO CON CC 1116280799 de TULUA POR CANCELACION DE LICENCIA”

Ahora, las anteriores circunstancias fueron las que motivaron a la tercera implicada para interponer la denuncia ante la Fiscalía General de la Nación el 22 de septiembre de 2017, por el delito de falsedad ideológica en documento público, y a la personería delegada para la vigencia de la conducta oficial para calificar la queja interpuesta en contra del servidor público MARIO GERMAN MENESES MENESES, como una falta gravísima a título de dolo de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que establece *“Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.”*, y el tipo penal de falsedad en documento público conforme lo dispuesto en el artículo 286 de la Ley 599 de 2000.

Así las cosas, se evidencia que el demandado dentro del proceso disciplinario fue inferior en su carga probatoria, no logró desvirtuar la queja en su contra ni tampoco acreditó los argumentos de su defensa, como quiera que los testigos por él solicitados no fueron precisos al momento de rendir sus declaraciones e incluso señalaron que se habían ido del lugar de donde ocurrieron los hechos que generaron la queja por parte del señor JOSE LUIS PEREZ CAMPO, y posteriormente la denuncia por parte de la señora AIMEE YELITZA VALERO.

Contrario sensu, las pruebas testimoniales solicitadas por el quejoso dentro del proceso disciplinario, demuestran que los hechos consignados por el servidor público en las órdenes de comparendo de fecha 01/08/2017, no ocurrieron en la realidad, incluso la denuncia de pérdida de documentos fue aportada por la señora AIMEE YELITZA VALERO OSORIO en la diligencia de declaración juramentada recibida por la Personería (f.56 P.D.), y la denuncia ante la Fiscalía por la falsedad ideológica en documento público donde se tiene como indiciado al señor MARIO GERMAN MENESES MENESES (ff.57-59 P.D.). Las anteriores pruebas demuestran que el mal proceder del aforado fue puesto en conocimiento de las autoridades competentes para que investigaran de la posible comisión de la conducta punible consagrada en el art. 286 del C.P., por haber consignado en la orden de comparendo 76111000000015851190 de fecha y hora 1/08/2017 a las 14:00:26 datos o hechos que no ocurrieron en la realidad, cargo que quedó debidamente acreditado en la investigación administrativa y en este proceso judicial, circunstancias que configuran la tipicidad de la conducta disciplinaria no han desaparecido.

En este contexto, la Sala considera que las conductas que originaron la sanción disciplinaria al actor no se lograron derruir dentro del presente proceso y tampoco se



demonstró que las causas de la atipicidad por lo que resulta procedente acceder al levantamiento del fuero solicitado.

Conforme a lo anteriormente expuesto, esta Corporación CONFIRMARÁ la sentencia No. 0044 del 10 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buga.

COSTAS

Dado que el recurso de apelación se despachó desfavorablemente, costas en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se señalan las agencias en derecho en la suma de cien mil pesos (100.000).

III. DECISIÓN

Por lo antes discurrido es que la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia No. 0044 del 10 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral de Buga., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENASE en costas de ambas instancias a la parte demandada. Se señalan las agencias en derecho de segunda instancia en la suma de cien mil pesos (100.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto



Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

b58bb70df8e8475f164e1c77aab6491d200db75d15e9d2eb65b399f455185c02

Documento generado en 24/11/2020 03:24:54 p.m.

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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrado Ponente**

**SENTENCIA NO. 185
APROBADO EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, Valle, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte
(2020)

**Radicación N°76-111-31-05-001-2017-00031-01. Proceso Ordinario Laboral
de CLAUDIA LORENA MERA PAZ contra FUNDACIÓN HOSPITAL SAN
JOSE DE BUGA.**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandada y demandante en contra la sentencia proferida en audiencia pública celebrada por el Juzgado Laboral del Circuito de Buga, Valle, el día treinta (30) de julio del año dos mil diecinueve (2019).

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

I. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

La señora CLAUDIA LORENA MERA PAZ formuló demanda ordinaria laboral contra FUNDACIÓN HOSPITAL SAN JOSE DE BUGA, pretendiendo en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades se reconozca la existencia de un contrato laboral entre la partes, entre el 1 de septiembre de 2004 al 12 de julio de 2016; se condene a la demandada al pago de los salarios, así como la nivelación, las prestaciones sociales insolutas y vacaciones, la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la contemplada en el artículo



65 del C. S. del T., la nivelación de los aportes realizados al sistema de seguridad social en pensiones, el pago de la retención a la fuente y pólizas de cumplimiento realizadas por la actora y al pago de costas y agencias en derecho.

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

Relata que laboró desde el 1 de septiembre de 2004 hasta el 12 de Julio de 2016 para la FUNDACION HOSPITAL SAN JOSE como médico general en el servicio de pediatría, indicando que las funciones fueron desarrolladas bajo los parámetros indicados por la demandada.

Manifestó que recibía órdenes de la Gerente Dra. YAMILETH GARZON SANCHEZ, así como del subgerente de salud y coordinador médico Dr. CARLOS GUILLERMO SANCHEZ R. y del coordinador de gestión humana quien coordinaba los turnos Dr. ORLANDO PEÑA.

Explicó que también recibía órdenes Directas del jefe del servicio de pediatría el Dr. CARLOS TORO (PEDIATRA), persona de la cual recibía las órdenes diariamente sobre como ejecutar su labor, y durante cada turno estaba bajo el mando del pediatra de turno.

Sostuvo que durante dicho lapso no fueron reconocidos vacaciones, primas, cesantías, intereses a las cesantías y demás beneficios legales.

Manifestó que en el desarrollo de sus funciones y para poder atender pacientes y realizar las anotaciones y actualizaciones de historia clínica le fue asignado un consultorio médico, un computador y una clave personal para poder acceder a la página web del hospital, realizando turnos de 12 HORAS y algunas 24 horas.

Que desempeñó sus funciones de manera excepcional, como lo certifica el Coordinador de Gestión Humana del Hospital Dr. ORLANDO PEÑA en Certificación expedida el 19 de febrero de 2014.

Señaló que el Dr. YESID RAMÍREZ, quien se desempeña como Pediatra en la Fundación Hospital San José de Buga certificó mediante oficio, que conoció a la actora desde febrero de 2010, indicando que la demandante estuvo bajo su supervisión destacando las cualidades profesionales.

Que el 10 de abril de 2014 el Dr. CARLOS HERNANDO TORO Coordinador del Servicio de Pediatría de la Fundación Hospital San José de Buga, emitió



certificación donde afirmó que la señora CLAUDIA LORENA MERA PAZ ha desempeñado bajo su supervisión durante 08 años ejerciendo como Médico General en el Servicio de Pediatría, realizando actividades tales como consulta de urgencias pediátricas, consulta externa pediátrica, médico asistencial pediatría entre otras, certificación que volvió a emitir el día 15 de junio de 2014.

Que constantemente era citada por la demandada a capacitaciones sobre cómo desarrollar sus funciones en el Hospital, que además la entidad demandada mediante circulares le impartía instrucciones precisas sobre el trato a los pacientes menores, la forma de realización de fórmulas médicas, el manejo de las incapacidades a los pacientes de la institución policía nacional, la conducta a seguir frente a pacientes irrag, no realización de triage a usuarios de medicina prepagada, el uso de siglas en historias clínicas, el diligenciamiento de la historia clínica y el uso de la intranet y el sistema de localización dentro de la casa de salud.

Expuso que la demandada, mediante Circular 124 fechada 26 de mayo de 2011 indicó a los Médicos Generales, entre ellos la demandante, que todo cambio de turno que efectúen debe estar previamente autorizado por la Subgerencia de Salud y/o coordinación de Gestión Humana.

1.2. Contestación de la demanda

La parte demandada con la contestación de la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones de “inexistencia de la relación laboral en razón a la existencia de contrato de prestación de servicios profesionales, inexistencia de pagarle a la señora CLAUDIA LORENA MERA PAZ prestaciones tales como: cesantías, intereses a las cesantías, sanción por el no pago de las cesantías, primas de servicios, vacaciones, nivelación salarial, devolución de rete fuente, devolución de aportes a la seguridad social, devolución de los dineros por póliza de responsabilidad, costas, agencias en derecho y cualquier otra suma que se derive de la demanda, cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y buena fe”. Precisó sobre las pretensiones del demandante, que no existió vínculo alguno de orden laboral con la demandante y que no se encuentran acreditados los elementos propios de todo contrato de trabajo, señalando que lo que se suscribió y celebró fue un contrato de prestación de servicios para los servicios de médico.

1.3. Sentencia de primer grado



Mediante sentencia adiada 30 de julio de 2019, el Juez Laboral del Circuito de Buga, condenó a la entidad demandada al considerar la existencia de la relación de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, condenando al pago de prestaciones sociales, la reliquidación de los aportes a la seguridad social, la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, negando las sanciones moratorias previstas en los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50/90 por considerar que la demandada actuó de buena fe.

1.4. Recurso de apelación.

1.4.1. Por la parte demandante.

El apoderado judicial de la demandante, reprochó la absolución de las sanciones moratorias; como sustento adujo que la demandada siempre actuó bajo el convencimiento absoluto que violó la norma y la jurisprudencia lo que se denomina mala fe, esto lo ha indicado las diferentes citas jurisprudenciales de la Sala Laboral CSJ en las cuales conminaba a la no practica de la contratación de prestación de servicio a las personas que realizaban labores cotidianas y necesarias; en este caso la demandante fue contratada desde el 2004 como prestadora sus servicios para realizar labores propias del giro normal de las funciones propias del hospital, como es la prestación del servicio en salud, lo que desdibuja el contrato de prestación de servicio y no tiene justificación alguna.

Sostiene que al verificarse el certificado de las planillas de turno donde relaciona las diferentes horas laboradas se evidencia que la actora trabajó 61 horas semanales situación que no entiende como puede pretender se hizo bajo la prestación del servicio, situación que demuestra que la demandada violaba la ley y actuaba de mala y muestra de ellos de esa conducta sistemática fue cuando se solicitó la relación de los salarios de la demandante pero nunca lo contestó a pesar de haberse solicitado bajo un derecho de petición y tampoco el primer contrato ni le indicaron cuantos médicos habían de planta, comportamiento que demuestra la mala fe.

Reitera que existen sendas jurisprudencias donde le señalaban que esta conducta no puede realizarse; además del estudio las pruebas fue señalado que la actora debía asistir a las capacitaciones y los turnos y de no hacerlo implicaría no contar con ella para la próxima contratación y existe otra prueba documental donde la demandada pagaba el 50% de los cursos a la demandante cuyo interés corresponde a un empleador se capacite los trabajadores para una mejor prestación del servicio y a luz de la jurisprudencia existe un comportamiento sistemático de mala fe desde el 2004 hasta el 2016 de mala fe, y de esta manera



solicita modificar la sentencia y reconocer las la moratoria y se condene el pago de la sanción del artículo 50 de 1990.

1.4.2. Por la parte demandada.

La apoderada judicial de la parte demandada solicitó adición de la sentencia de primera instancia para que el juez se pronuncie sobre la excepción de buena fe; el juez de instancia consideró que si había sido considerada la excepción al resolver sobre la procedencia de las sanciones, que es donde resulta pertinente la excepción propuesta, al punto que negó la sanciones, decisión que fue apelada por la demandada, considerando que no había sido resuelta.

Igualmente presentó recurso de apelación contra la sentencia y solicitó la revocatoria total de la sentencia, aduce que el despacho no tuvo en cuenta las pruebas documentales y testimoniales aportadas en la audiencia al fundamentar la sentencia en uno de los elementos del contrato de trabajo que es la subordinación pasando por alto varias pruebas presentadas donde las certificaciones de sura, Coomeva y unas cooperativas dan fe de la prestación de servicio y contratos laborales con estas instituciones lo que desconfigura algún contrato de trabajo con la entidad dado que la actora podía disponer de su tiempo y prestar servicio a otras instituciones de manera simultánea, lo que no sucede con los contratos de trabajo por ser estrictos y exclusivo de una institución.

Que además la actora confesó que prestó sus servicios de manera simultánea y otra prueba que desvirtuó el despacho y son los mensajes de WhatsApp y los correos electrónicos al haber aceptado que provenían de su correo electrónico donde ella de manera libre disponía de su tiempo y de la prestación del servicio, lo que desvirtúa cualquier subordinación que es la base de la sentencia emitida; que también quedó probado con los testimonios rendidos en los cuales la señora CLAUDIA disponía de su tiempo y semana que día podía prestar los servicios con la aceptación de turnos y luego se pasaba a recursos humanos, pues, así quedó probado en los correos electrónico que el despacho desvirtuó.

Otro punto que no tuvo en cuenta el operador jurídico son los contratos de prestación de servicio entre ellos los elementos y herramientas para prestar el servicio, al respecto varios médicos que rindieron su declaración manifestaron que esas herramientas son obligatorias de cualquier punto asistencial en Colombia es decir no es algo que se inventó el hospital porque es obligatoria poner a disposición al personal para prestar los servicios, los testigos YECID y TORO lo hacían por asepsia.



Expuso que importante la asistencia de las reuniones y capacitaciones y es increíble que ese punto se tenga en cuenta, debido que la institución las realizó con el fin de formar a uno de los médicos para a mejor prestación de los servicios. Esta obligación de asistir tenía la finalidad de formar a las personas que prestaban los servicios y no podía tener en cuenta para determinar la subordinación.

Resalta que las solicitudes y certificaciones de soporte vital básico y avanzado de los que hacen parte de la sentencia dicho requerimiento no fue inventado por las instituciones, por el contrario, todas las entidades en salud las tienen y donde vaya la demandante siempre lo van a solicitar, los cuales son solicitados por los distintos órganos de control que determinan que una persona presta un servicio en salud y no puede creer que esta sea tomada en cuenta.

Agregó que en la contestación de la demanda fueron allegadas sendas sentencias en cuanto a la prestación del servicio la sentencia No. 16062 del 2009, y trajo a colación una parte de la misma, igualmente 21910 de 2004 hizo referencia de las órdenes. Indicó que esas sentencias y otras más, refiere de la validez de los contratos que esas directrices y ordenes médicas son propias de un contrato y esa subordinación el contratista requiere que esa prestación se realice de manera óptima, es decir, exige que cumpla sus parámetros. Concluye diciendo que deben tener en cuenta los testimonios y las pruebas donde no se evidencia el contrato de trabajo.

1.5. Trámite en segunda instancia.

Admitido el recurso de apelación, en aplicación de Decreto Legislativo 806 se corrió traslado para presentar alegatos de segunda instancia, oportunidad en la cual el recurrente insiste en su desacuerdo al no haber recibido la entidad demandada condena por su mala fe; al estudiar las pruebas documentales y testimoniales practicadas y aportadas al proceso, es posible observar frente a la demandada con absoluta claridad y sin asomo de duda su mala fe y su conocimiento claro respecto de la ilegalidad de su actuar y forma de contratación contraria a derecho y jurisprudencia.

Explica que al no reconocer a la demandante el estatus de trabajador, no pagó el salario que correspondía conforme, no pagó prestaciones sociales, no realizó aportes a la seguridad social, no otorgó vacaciones, si realizó retención en la fuente, si obligó a pagar pólizas que nunca debieron contratarse, y a pagar seguridad social como trabajador independiente de manera irregular.



Sostiene que la conducta sistemática deja ver con absoluta claridad que hubo subordinación laboral durante todo el tiempo, que no hubo buena fe al haberse impuesto los extensos turnos de 12, 24 y hasta 96 horas, como tampoco que la obligaran a acudir a reuniones propias de empleados, o le descontaran valores de lo que ilegalmente llamaban honorarios, de igual forma que de manera flagrante e ilegal le hicieron efectuar pagos a la seguridad social y pólizas de responsabilidad.

Por último solicita modificar la sentencia para condenar a la demandada por hallarse desvirtuada la buena fe, al pago de un día de salario por cada día de retraso, con amparo en la sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 por la moratoria en el pago de las cesantías sin efecto prescriptivo, al igual que la indemnización prevista en el artículo 65 del CST numeral 3° por falta de pago de las prestaciones y obligaciones, en la forma que fueron solicitadas en la demanda y recurso de apelación.

La parte demandada dentro del término oportuno insistió que dentro del plenario quedó probado que la actora prestó sus servicios profesionales a la entidad nunca bajo un contrato de trabajo, por el contrario pactaron el reconocimiento de honorarios por la prestación de sus servicios profesionales como médico y nunca de salarios, es decir, la única vinculación contractual era de carácter civil, la cual estaba ceñida estrictamente a las condiciones establecidas en el contrato de prestación de servicios profesionales.

Reiteró que nunca existió una relación laboral al no haberse configurado los tres elementos estructurales del mismo y que los servicios profesionales prestados por ella fueron ejecutados de acuerdo a las condiciones previamente acordadas entre las partes.

Señaló que los servicios prestados por la actora los alternaba sin problema alguno con los estudios de especialización en salud ocupacional y los cargos que desempeñaba en entidades como COOMEVA, COMFANDI IPS, SURA EPS, bajo el mismo modelo contractual, lo cual fue confesado por la demandante, servicios que lograba alternar, pues contaba con la libertad de escoger los días y en que horarios prestaba los servicios, elementos que desconfiguran la subordinación. Adicionalmente cuando la actora no podía prestar sus servicios informaba vía telefónica sobre dicha situación.

Aclaró que las directrices impartidas nunca implicaban subordinación, sino que es la forma como la institución garantiza la eficiente prestación de los servicios



en salud a los usuarios. Por último, solicitó la revocatoria de la sentencia y en consecuencia se absuelva a la entidad de cualquier concepto.

I. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Competencia de la sala

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

3. Problema jurídico.

Visto el reproche de alzada, a esta Sala le corresponde determinar, Si procedía la adición de la sentencia solicitada por la parte demandada. Resuelto lo anterior verificará la Sala si entre las partes, se suscitó un contrato laboral, o si por el contrario la relación contractual de las partes se desarrolló dentro de la autonomía e independencia de un contrato de prestación de servicios civiles.

En caso positivo determinará como problema jurídico asociado si ¿hay lugar a imponer el pago de las sanciones moratorias previstas en los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50/90?

4. Tesis de la sala.

La Sala confirmará la decisión proferida por la primera instancia.

5. Argumentos de la decisión.



5.1. Principio de la primacía de la realidad – contrato de trabajo.

Resulta necesario recordar que el contrato de trabajo es aquel en virtud del cual una persona natural presta un servicio personal a otra a cambio de una remuneración, confluyendo tres elementos a saber la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario, siendo carga probatoria del trabajador el demostrar la prestación personal del servicio, en unos extremos temporales y a favor de la persona demandada como empleador, pues a partir de ella se presume la existencia del contrato de trabajo de conformidad con lo previsto en el art. 24 del C.S.T.

Precisa la Corte Suprema de Justicia en fallo SL6621 del tres (3) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación n.º 49346, Magistrados ponentes CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO del Que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo al disponer que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, *“otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral.*

Adicionalmente la Corte, en sentencia de cinco (5) de abril de dos mil once (2011) con radicación No. 41224, sobre la carga probatoria de demostrar los extremos temporales de la relación de trabajo aseguró que *“la carga de la prueba del tiempo servido por el trabajador al empleador la soporta el primero, de modo que la falta de demostración del tiempo de servicios comporta que no hay posibilidad para condenar al pago de prestaciones, salarios e indemnizaciones.*

5.2. Subordinación

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Español, la acepción subordinación designa: *“Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien”.*

Uno de los signos distintivos de la subordinación laboral que caracteriza al contrato de trabajo, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, es la facultad que tiene el empleador de exigirle a la persona que le presta un servicio *“...el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo...”* y el deber correlativo del trabajador de acatarlas. Desde luego, si una persona debe obedecer un mandato respecto de la tarea que ejecuta, es claro que no es totalmente autónoma en la determinación de su actuación laboral y tal situación encaja perfectamente dentro del concepto de subordinación laboral establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.



Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, mediante sentencia fechada 16 de agosto de 2017, radicada bajo la partida N°48531, M.P. Dr. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Explicó: *“Para comenzar, es claro que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 1 de la Ley 6 de 1945 al consagrar, que «hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración, y quien recibe tal servicio», y tal como lo repitiera en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*

Caso concreto.

Atendiendo a lo propuesto en el recurso de alzada, es necesario establecer en primer lugar si era procedente la solicitud de adición de la sentencia. Al revisar la sentencia de primera instancia, constata la Sala, contrario a lo expuesto por el apelante, que el juez si se pronunció sobre la excepción de buena propuesta por la demandada al resolver la procedencia de las sanciones por no pago de prestaciones sociales y consignación de cesantías, al punto que absolvió a la demandada de esta pretensión por encontrar acreditada la buena fue. De manera que, tal como lo dispuso el juez de instancia, no existió omisión en resolver algún punto del litigio, debiéndose confirmar el fallo de primer grado en este aspecto.

Resuelto lo anterior, precisará la Sala si la parte demandante demostró la prestación personal del servicio a favor del empleador demandado, y en unos extremos temporales determinados, caso en el cual se beneficia de la presunción del artículo 24 citado, habida cuenta que, probado el servicio, se presuman los restantes elementos, esto es, la subordinación y el salario.

Descendiendo al caso objeto de estudio en los hechos de la demanda se afirmó que la demandante se vinculó con la Fundación Hospital San José para prestar sus servicios como médico general desde el 1 de septiembre de 2004 al 12 de



julio de 2016, hechos que fueron aceptados como ciertos por la llamada a juicio en la contestación de la demanda.

Con la aceptación de los hechos realizada en la contestación de la demanda, la actora asumió su carga probatoria de demostrar la prestación personal del servicio desde el 1 de septiembre de 2004 al 12 de julio de 2016, razón por la cual se presume que entre las partes existió un contrato de trabajo.

Para acreditar que el servicio no fue subordinado, se aportaron contratos de prestación de servicios suscritos (fls. 31 al 41) el cual tiene por objeto la prestación del servicio en la ejecución de la actividad como médico general en las instalaciones de la demandada; sin que los documentos, por sí solos, sean suficientes para tener por cierto que en la práctica se ejecutó un contrato civil y no laboral.

De la misma manera, para demostrar que la demandante no estaba sometido a subordinación laboral, la parte demandada solicitó las declaraciones de los señores PEREGRINO YESID RAMIREZ PARRA, CARLOS HERNANDO TORO MONTERO, EDGAR PAZMIN GONZALEZ y ORLANDO PEÑA.

El deponente EDGAR ENRIQUE PASMEN GONZALEZ quien funge como Coordinador o Director Médico de la demandada, dentro de la audiencia de juicio oral, expuso que conoce a la doctora Claudia Lorena Mera porque era médico asistencial de medicina interna y luego en pediatría, en donde cumplía funciones de colaborar con la prestación del servicio a los pacientes, siguiendo órdenes que el mismo impartía, como formular a pacientes, es decir la doctora Claudia miraba la causa de consulta del paciente y luego el daba las órdenes de las conductas que se iban a seguir y ella colaboraba con el cumplimiento de dichas órdenes. Que la actora solicitaba permiso y el mismo se los otorgaba porque él era el médico encargado de la sala. La oficina de gestión de talento humano del Hospital San José, era la encargada de organizar los turnos. No recuerda que la doctora haya faltado alguna vez a alguno de los turnos programados durante su servicio, ni tampoco que haya enviado reemplazo para que cumpliera alguno de sus turnos. Aseguró que el hospital era el encargado de dar los implementos. Explicó que, para autorizar exámenes médicos o medicamentos por parte de la doctora, debía ser autorizado por parte del médico pediatra, dependiendo de la complejidad del paciente o la patología que se trate. En los turnos con los otros médicos pediatras también debían autorizar y la doctora Claudia Lorena debía seguir las órdenes impartidas por los otros médicos. En cuanto a la parte administrativa se imparten órdenes del director médico, que era el doctor Carlos Guillermo Sánchez, quien cumplía funciones de verificar que se prestara un buen



servicio por parte de los médicos y si no era así, este les llamaba la atención de manera escrita o verbal. Expresa que cuando la doctora no podía asistir al turno, el médico que la reemplazaba era escogido por el hospital porque para eso el hospital tenía su oficina de gestión médica que es quien se encarga de hacer los diferentes cambios dependiendo de la disponibilidad de médicos que tenga. La médico Claudia Lorena, debía consignar todas las órdenes medicas impartidas, en las historias clínicas.

De otro lado, el doc. CARLOS HERNANDO TORO MONTERO, señaló en su declaración que desempeña el cargo de médico pediatra y coordinador de pediatría y este último era el responsable de la prestación de los servicios. Conoce a la doctora Claudia Lorena porque trabajó en el hospital como médico general, en el área de pediatría, en la que cumplía funciones de atender pacientes y presentar pacientes en caso de dudas académicas o asistenciales ante el responsable del turno que en este caso era el pediatra, quien tiene más experticia y estudios académicos. Indicó que la doctora concertaba su disponibilidad para trabajar con la oficina de personal del hospital. Si un médico no podía asistir, se asumía el turno sin él o se hace una oferta para ver quién puede cubrir y esto lo realiza el mismo hospital, a través de gestión humana. En caso de que la doctora no se presentara al turno, no era obligatorio que enviara un reemplazo para cubrir su turno, porque por fuerza mayor puede faltar y no puede conseguir quien lo cubra. La fundación le proporcionaba a la doctora elementos para prestar el servicio como lo son: las balanzas, baja lenguas, tallímetros, camillas, etc. El computador era utilizado para la historia clínica electrónica que se debe registrar. Tanto como las enfermeras, fisioterapeutas, médicos generales y médicos especialistas utilizaban el computador para registrar dichas historias clínicas y la clave para ingresar a este, es personal y es asignada por sistemas de la fundación. Explicó que él era el responsable que se prestara el servicio que él era el superior en cuanto a conocimiento y experticia, pero ella debía ser responsable en prestar el servicio. Cuando la doctora no tenía los conocimientos suficientes sobre alguna patología, el médico especialista debía hacerlo. Aclaró que el certificado entregado por él a la actora fue con fines académicos para presentar a la especialidad de pediatría. Cuando la demandante no asistía a un turno el hospital no realizaba una sanción, y que ella trabajó en otras partes, cree que fue en Coomeva. Cuando dijo que la doctora estaba bajo su cargo es porque él, como especialista y cabeza de turno, es quien decide finalmente sobre los procesos médicos. El contrato que maneja con el hospital desde que empezó es por prestación de servicios y piensa que la doctora Claudia Lorena, también manejaba el mismo contrato. Si la doctora no registra esas órdenes médicas o no las acata, la responsabilidad es de él y esta depende de la consecuencia o alcance que tenga la omisión de esas órdenes,



pueden ser incluso jurídicas. Explicó que las órdenes médicas se refieren a los procedimientos que se le realiza al paciente, toma de exámenes clínicos o solicitud de otro especialista, para el satisfactorio desempeño en la atención del paciente.

El deponente ORLANDO PEÑA, quien es el coordinador del talento humano, expuso que conoce a Claudia Lorena porque fue una médica adscrita al área de pediatría del hospital, contratada por prestación de servicios. Señaló que la doctora para programar sus turnos, debía pasar mensualmente su disponibilidad para realizar sus turnos a él, ya que es el líder de talento humano e informaba que turnos podía hacer y cuáles no, porque ella trabajaba en otras clínicas de la ciudad y también cuando se presentaba a las universidades, cuando se presentó al área de pediatría como residente también solicitaba permisos y se cuadraba sus turnos, al igual que cuando empezó hacer su especialización en salud ocupacional. Cuando hablaba de permisos se refería al cambio de turnos que realizaba cuando no podía cumplir con unos, estos los hacía entre los médicos colegas y le informaban para el anotarlo en la bitácora de quien iba hacer el turno respectivo del área, para cuando le preguntaran el informar quien estaba en el área. La fundación hospital no emitía ninguna sanción personal o económica, ni llamados de atención si la doctora no cumplía con los turnos programados. Las capacitaciones en temas médicos realizadas por el hospital, son para capacitar al personal médico, para las actualizaciones que salgan o para lo que se está viendo en las patologías recurrentes en la institución, pero no tenía ninguna sanción el no asistir a dichas capacitaciones. La doctora Mera, durante el tiempo que laboró en el hospital, nunca dejó un turno y si no podía asistir algún ella mandaba a alguien o cuadraba con sus compañeros de trabajo que era quienes la cubrían, en el horario estipulado, pero por hacer esa gestión, no tenía ningún tipo de penalización por parte de gestión humana. La institución suministra equipos para la labor de ellos, pero no sabe que equipos como tal necesitaba la doctora para la atención de un paciente. El simplemente pasaba ronda para saber si los médicos estaban completos y llegaron a su turno. Era responsabilidad de ella, llegar a cumplir con los turnos programados, de acuerdo a su disponibilidad.

El doctor PEREGRINO YECITH RAMIREZ PARRA, refirió que es médico especialista en el área de pediatría, desde febrero de 2010, sostuvo que conoce a la doctora Claudia Lorena, porque cuando ingresó a trabajar al hospital, ella ya se encontraba laborando como médico general asistencial en el área de pediatría y tenía contacto con ella porque por ser el especialista le resolvía las dudas al médico general y todo para la mejor atención del paciente que consulta. La doctora le consultaba, cuando se tenía que definir una consulta de un paciente,



para resolver dudas, establecer exámenes o que manejo se le debe dar, pero a medida que pasaba el tiempo ellos van adquiriendo conocimientos. Explicó que la doctora siempre se presentó a los turnos que programó con los de él y cuando no se puede asistir simplemente se comunica con un compañero para que lo reemplace. Los elementos que debía utilizar para prestar su servicio eran el tensiómetro, fonendoscopio, balanza, todo lo que proporciona el hospital, pero por lo general siempre se lleva los elementos, pero de todos modos el hospital lo suministra. No le llamó la atención a la doctora, como especialista, pero si de pronto si vio una conducta que se aparta del lineamiento para una mejor atención o la mejor recuperación del paciente, le hacia la observación. Por disciplina, como se concertaban los turnos, se le debe comunicar por lo menos al coordinador de los especialistas que se va a ausentar y tratar de mandar un reemplazo. Si la doctora no cumplía con esas órdenes médicas la responsabilidad es de él, porque en ese momento si ella no hacía o pasaba por alto, le tocaba a él. La certificación de soporte vital básico y avanzado es un requisito de cualquier hospital para poder laborar, que se debe actualizar cada 2 años. Las capacitaciones programadas por el hospital son realizadas a nivel mundial y se hacen para estar activos en el quehacer médico. La doctora tenía tiempo para comer y cuando había demasiados pacientes, mientras que uno se iba almorzar, otro cubría el turno. La certificación realizada a la doctora Mera fue estrictamente por temas académicos.

Las anteriores ponencias lejos de intentar derruir la presunción que pesa en favor del demandante refuerzan su dicho, pues claramente se puede observar que la IPS si ejercía control respecto de la labor desempeñada por la demandante, tanto en la parte científica, como la parte administrativa, pues se coordinaba la labor médica, y se revisaba y corregía el ejercicio de la labor realizada por la accionante, bajo la orientación de los especialistas.

Además de lo anterior, la parte demandante como respaldo de su dicho y de la presunción que obra en su favor aportó los siguientes medios materiales probatorios:

Milita a folios 44 a 47 fueron allegados los certificados expedidos el 10 de abril y 15 junio de 2014 por el Coordinador Servicios de Pediatría quien indicó que la demandante trabajó bajo su supervisión durante 8 años, desempeñando diferentes funciones como médico general de los servicios de pediatría de la institución.

A folios 48 a 72, se encuentran las citaciones para capacitaciones, así como también para reuniones, jornadas académicas y charlas médicas obligatorias, el



requerimientos de certificados solicitados por la entidad, circulares dirigidas a los médicos generales sobre la atención de menores de edad, instrucciones para el diligenciamiento de registros clínicos y fórmula de control especial, las directrices para emitir incapacidades a Policías, la conducta a seguir pacientes IRAG, la advertencia de la no realización de TRIAGE a usuarios de medicina prepagada, el uso de siglas que se evalúan por parte del comité de historias clínicas, diligenciamiento de formatos CTC, información sobre nuevo desarrollo en THEO HCE, reiteración de los cambios de turno deben estar autorizados previamente por la Subgerente de Salud y/o Coordinación de Gestión Humana.

Reposa a folio 77 el certificado expedido por el Coordinador de Gestión del Talento Humano por medio del cual señala que la doctora CLAUDIA LORENA MERA PAZ se encuentra vinculada en la institución mediante contrato de prestación de servicios desde el 1 de septiembre de 2004, documento firmado el 16 de marzo de 2016.

Dentro del descorrer procesal también se recibió el interrogatorio de parte de la deponente quien expuso haber laborado con la entidad demandada, aclarando que también prestaba sus servicios como médica a otras entidades e instituciones de salud, debido a que durante unos meses en el hospital tardaron en cancelar el salario y por esto decidió solo trabajar medio tiempo allí y buscar otro trabajo donde si le cancelaran de manera oportuna. Cuando no podía asistir a su turno por motivos de incapacidad u otros, esta se acercaba a gestión de talento humano y ellos se encargaban de buscar un médico o un rural para que la reemplazara. Explicó que una vez que se atiende un paciente, se debe dejar todo plasmado en la historia clínica de manera clara y precisa, cumpliendo con todos los reglamentos establecidos.

Las documentales reseñadas junto con todas la practicadas dentro del juicio oral, respaldan los hechos base de las pretensiones de la demanda, pues con la aceptación de los hechos dentro de la contestación de la demandada, a través de los cuales se acreditó la prestación del servicio, además, de que se logró demostrar que la demandante estaba sometido al cumplimiento de órdenes e instrucciones por parte de los especialistas de pediatría y las directrices emitidas mediante las circulares dirigidas a los médicos generales, se evidencia que era la fundación quien le proporcionaba los elementos para prestar los servicios; mensualmente debía pasar su disponibilidad para realizar los turnos; cuando solicitaba permisos debía cuadrar los turnos, además le correspondía informar a la oficina de Talento Humano su disponibilidad y cambio de turnos, debiéndose confirmar lo decidido por la primera instancia en relación a la declaración de un contrato de trabajo entre el 1 de septiembre de 2004 al 12 de julio de 2016; y



contrario a lo censurado por la convocada a juicio, las pruebas concernientes a los correos electrónicos, mensajes de WhatsApp no desvirtúan la relación aludida, pues en todo caso no se pactó exclusividad.

6.2 Buena fe, sanción moratoria artículo 65 del CST y sanción por la no consignación de cesantías artículo 99 de Ley 50 de 1990.

Considera el apoderado judicial de la demandante, dentro del recurso de apelación, que se debe revocar la absolución lo que a este tópico se refiere debido a que la Fundación Hospital San José de Buga obró de mala fe, al tener conocimiento respecto de la ilegalidad de su actuar y forma de contratación contraria a derecho y a la jurisprudencia.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha señalado que la sanción moratoria del artículo 65 del CST no es automática, pues así lo precisó en la SL1451-2018 del 25 de abril de 2018, citando a su vez la sentencia SL8216-2016. De igual manera, el máximo tribunal ha precisado que la sanción por la no consignación a un fondo de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 tampoco es automática. Para su aplicación el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe.

En lo que respecta a la buena fe alegada por la demandada, es pertinente iterar que la buena fe siempre equivale a obrar con lealtad, rectitud y de manera honesta en contraposición a obrar de mala fe, puesto que, quien actúa así pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

Descendiendo al caso objeto de estudio, en la contestación de la demanda señaló que la actora se vinculó mediante contrato de prestación de servicios, sin que se puede hablar de buena fe por la sola utilización de una modalidad contractual, al respecto deben existir motivos suficientes que lleven a concluir que realmente el empleador creía que la forma establecida era legal.

Para la Sala, avalando lo decidido por el Juez de primera instancia, en el caso concreto, la demandada demostró convicción de encontrarse frente a un contrato no laboral; y se dice lo anterior, pues si bien no se pactó exclusividad, de manera que es posible que un trabajador celebre o ejecute en la realidad dos o más contratos con diferentes empleadores; al analizar el interrogatorio de parte de la demandante, así como la prueba testimonial allegada al proceso se constata que existió un grado de autonomía, que si bien no desvirtúa la existencia del contrato



de trabajo, lograr evidenciar que habían motivos creíbles para que el empleador considere legal la forma de vinculación. En efecto, la demandante señala en interrogatorio de parte, no solo que durante el tiempo que prestó el servicio con el Hospital, tuvo contratos con varias entidades de salud; sino también que fue flexible en las jornadas de prestación de servicios a favor del Hospital, al punto que cambió a medio turno su servicio.

Igualmente se constata, por el mismo dicho de la demandante, confirmado por el Jefe de talento humano, que había una coordinación de los turnos mes a mes conforme la disponibilidad de la demandante, razón por la cual, incluso la asignación mensual era variable; circunstancia que si bien no desnaturaliza la existencia de contrato de trabajo porque la actora no era independiente en la ejecución del mismo, sin son demostrativos de buena fe

Por lo expuesto, había razones suficientes para que el operador jurídico de primera instancia no condenara a la demandada a la sanción moratoria del artículo 65 del CST y a la sanción por la no consignación a un fondo de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, debiéndose confirmar la sentencia en este aspecto.

6. COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Buga del día treinta (30) de julio del año dos mil diecinueve (2019) presentado por la señora CLAUDIA LORENA MERA PAZ contra la FUNDACION HOSPITAL SAN JOSE DE BUGA

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

740e66a08b1489baa9f15fdfae2fad0171fe2b3f6b207727ee61f70bf0ff81ad

Documento generado en 24/11/2020 03:44:36 p.m.

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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente**

**SENTENCIA NO. 186
APROBADA EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

REF: Proceso Ordinario Laboral promovido por **DAVID YANINE DIAZ** en contra de **COLPENSIONES**.
RAD.: 76-520-31-05-003-2018-00121-01.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada en audiencia Pública celebrada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira - Valle, el día cuatro (4) de marzo del año dos mil veinte (2020).

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

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda.

El demandante por medio de apoderado judicial formuló demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a fin de obtener con sus pretensiones el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por tener cónyuge a cargo, junto con el retroactivo.

En respaldo de sus pretensiones, refirió que mediante Resolución No. 009731 del 08 de mayo de 2001 se le reconoció pensión de vejez.

Agregó que contrajo matrimonio con la señora LUPE VALENCIA DE YANINE desde el 1 de agosto de 1970, quien depende económicamente de él.

Expuso que presentó reclamación administrativa para obtener el derecho pretendido, sin embargo, fue negada por la entidad.

1.2. Contestación de la demanda.



Admitida la demanda originaria por Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira – Valle, y notificado en debida forma el auto que así lo dispuso, la entidad demandada contestó aceptando los hechos 1º, 2º, 3º 6º y 9º de la demanda, sobre el restante indicó no constarle; se opuso a la totalidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones de fondo: “inexistencia de la obligación de reconocer el incremento pensional del 14% por cónyuge y/o compañera que reclama y prescripción”. Como fundamento de su defensa precisó que los incrementos pensionales solo se encuentra establecidos para aquellas personas que adquirieron e derecho antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 y que además están derogados.

1.3. Sentencia de primer grado.

El día 4 de marzo de 2020, el ad-quo profirió sentencia en donde absolvió a la entidad demanda de las pretensiones incoadas, declarando probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, toda vez que el incremento pensional del 14% se encuentra derogado.

1.4. Trámite de segunda instancia

Admitido el grado jurisdiccional de consulta, en aplicación de Decreto Legislativo 806 se corrió traslado para presentar alegatos de segunda instancia, oportunidad en la cual el demandante se ratificó de lo expuesto en la demanda y las pruebas testimoniales que se practicaron y considera que dentro del plenario quedó demostrado que el actor tiene derecho al incremento pensional.

Dentro de sus argumentos señaló que el incremento del 14% no perdió vigencia con la entrada de la ley 100 de 1993 y tampoco se vio afectado con el acto legislativo 01 de 2005; reiteró la convivencia del actor y su cónyuge, así como también la dependencia económica de su esposa.

Por su parte la apoderada judicial que defiende los intereses de la entidad llamada a juicio solicitó se confirme la sentencia absolutoria, en virtud a que los incrementos pensionales del 14% solicitados por el demandante DAVID YANINE DIAZ por cuanto no cumple con los requisitos exigidos, toda vez que, los incrementos solicitados se encuentran derogados ya que la pensión fue reconocida con posterioridad al 01 de abril de 1994, y resaltó que el incremento pensional reclamado no se encuentra contemplado dentro de la Ley 100 de 1993.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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



2. Competencia de la Sala

Conoce la Sala el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante al ser la decisión proferida en primera instancia, totalmente adversa, lo que otorga competencia plena a la Sala en orden a determinar si la decisión de primera instancia se emitió ajustada a derecho.

3. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar, ¿Si se demostró dentro del juicio oral que al señor DAVID YANINE DIAZ le asiste el derecho al incremento pensional por tener cónyuge a cargo?

4. Tesis de la sala

La Sala confirmará la decisión absolutoria proferida por la primera instancia.

5. Argumentos

Vigencia del incremento por persona a cargo - requisitos para tener derecho al incremento pensional artículo 21 acuerdo 049/90.

Se ha discutido por la jurisprudencia Nacional el tema de la vigencia de los incrementos luego de la expedición de la ley 100 de 1993. En línea constante de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha sostenido que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, fue fijado por la Corte en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL. 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345, SL942-2019 Radicación n.º 65842 y SL3100-2019, Radicación n.º52502, precisando esta Sala que se trata de una posición uniforme contenida en más de tres decisiones de la Corte, que constituyen doctrina probable y que se acoge en su integridad por parte de la Corporación. Recientemente, la Corte Constitucional en sede de revisión, específicamente en la SU 140 DE 2019, por mayoría de votos, cambió la tesis para argumentar que los incrementos no se encuentran vigentes luego de la expedición de la ley 100. Frente a dos posiciones jurisprudenciales, la Sala continúa acogiendo la de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que la ley 100 no implicó una derogatoria integral del acuerdo 049 de 1990, precisando, tal como lo ha señalado la Corte Suprema, entre otras sentencias, en la SL 942-2019, Radicación n.º 65842, reiterando lo dicho en SL. 12 dic. 2007, rad. 27923, y en la sentencia N°04919 del 18 de septiembre de 2012, que los incrementos por persona a cargo “no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales” y por lo tanto no gozan del atributo de imprescriptibilidad.



En la providencia SL942-2019 citada la Corte reiteró que se hacen exigibles desde el momento en que se produce el reconocimiento de la pensión de invalidez o de vejez, según fuere el caso.

En conclusión, entonces la tesis integral que acoge esta Sala de decisión es que, si bien el derecho al incremento pensional se encuentra vigente, es un derecho prescriptible.

Entrando en materia, el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 reglamenta los incrementos de las pensiones de vejez, señalando que las pensiones mensuales de vejez se incrementan en un 14% y 7% sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión, pero es el artículo siguiente, que establece la naturaleza de los incrementos pensionales, los cuales “no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez.....y el derecho a ello subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen”.

En últimas, para acceder al beneficio del cónyuge a cargo, que es el incremento que se reclama en este proceso, se debe acreditar entonces los siguientes requisitos:

1. Ser el demandante pensionado por vejez en aplicación directa o por transición del acuerdo 049 de 1990.
2. Que su cónyuge o compañera o compañero permanente dependa económicamente del pensionado
3. Que su cónyuge o compañero o compañera permanente no disfrute de una pensión.

6. Caso concreto.

En el presente asunto, acorde a las pruebas recaudadas queda plenamente acreditado que el señor DAVID YANINE DIAZ, ostenta la calidad de pensionado conforme a la Resolución No. 009731 del 8 de mayo de 2001, acto en el cual el extinto Instituto de los Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de mayo de 1999, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En el caso que nos ocupa, es evidente que dentro del trámite de primera instancia fue demostrada la dependencia económica que tenía la señora LUPE VALENCIA DE YANINE con el señor DAVID YANINE DIAZ, pues, así como lo señaló el demandante, su cónyuge y los testimonios los señores CARLOS ALBERTO MURGUEITO GOMEZ y MAURICIO VALENCIA SANTACRUZ, probaron que existió la dependencia aludida, p toda vez que la cónyuge del actor no recibía pensión, salario, u otros ingresos; vivían bajo el mismo techo en calidad de esposos; que tienen vinculo de matrimonio.

Advierte la Sala que si bien fue demostrada la dependencia económica, se observa que solicitó por vía administrativa el reconocimiento de los incrementos por persona



a cargo el 26 de febrero de 2018, es decir, 17 años después del reconocimiento pensional, razón por lo cual, y tal como se explicó en precedencia, el derecho a reclamar los incrementos pensionales del Acuerdo 049 de 1990 por persona a cargo se encuentra prescritos, por no haber sido reclamados dentro de los 3 años siguientes al reconocimiento del derecho pensional.

En consecuencia, lo anterior permite colegir que el demandante no tiene derecho a que su pensión sea incrementada sobre el 14% de un salario mínimo legal vigente, por encontrarse prescrito. Por tanto, la sentencia del 4 de marzo de 2020, debe ser CONFIRMADA por motivos diferentes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del día cuatro (4) de marzo del año dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira, por razones diferentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL



Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:

194f734646cbe877ca3b6d5bfaecb036e0c6bf2e043a2a3c9654235a9bb60cf9

Documento generado en 24/11/2020 03:46:27 p.m.

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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente**

**SENTENCIA NO. 187
APROBADA EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO: APELACION SENTENCIA **REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIOS LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA **DEMANDANTE:** VIVIANA CUERO ESTUPIÑAN. **DEMANDADO:** CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA. Y SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S SOLASERVIS. **RADICADO:** 76-109-31-05-002-2017-00170-01

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante en contra la sentencia proferida en audiencia pública celebrada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle, el día veinte (20) de noviembre del año dos mil diecinueve (2019).

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

I. Antecedentes.

1.1. Demanda.

VIVIANA CUERO ESTUPIÑAN, actuando a través de apoderado judicial, instauró proceso ordinario laboral de primera instancia en contra de las sociedades CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., y SOLUCIONES LABORALES Y SERVICIOS S.A.S. SOLASERVIS S.A.S., a fin de que se declare que entre junio de 2015 y el 13 de mayo de 2016 la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL



PACIFICO LTDA fue su empleador, fungiendo como intermediario la sociedad SOLASERVIS S.A.S.

En consecuencia de la declaratoria de las relaciones laborales, dentro de los periodos antes mencionados, se condene a las demandadas a la reliquidación y pago de la totalidad de las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, laboradas; la reliquidación y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones compensadas en dinero, la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación completa de las cesantías causadas desde el 2015 a 2016; indemnización por mora en el pago completo de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación de la relación laboral, la indemnización moratoria del parágrafo 1, del art. 65 del C.S.T., modificado por el art., 29 de la ley 789 de 2002, parágrafo 1. (ff.189-192)

Como fundamento de sus pretensiones expresó que: a través de la sociedad SOLASERVIS S.A.S., suscribió un contrato de obra o labor, sin especificar o determinar la extensión de la obra, que prestó sus servicios para la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA, desde el 15 de junio de 2015, cumpliendo con un horario de trabajo de 7:00 a.m., a 3:00 p.m., y de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., de 2:00 p.m. a 10:00 p.m. y de 9:00 p.m a 7:00 a.m., que los horarios no se podían variar sin previa autorización del supervisor o coordinador de la demandada, que recibía órdenes y directrices para el desarrollo de sus funciones por parte de los directivos y coordinadores de la Clínica; que la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., era la empresa que fijaba las políticas de atención a los usuarios, tanto así que para ausentarse del trabajo tenía que solicitar permiso a los directivos de la clínica; que como retribución de sus servicios percibió un salario de \$ 700.000, para el año 2016, y a partir del 2017 la suma de \$ 720.000; que la relación se extendió hasta el 13 de mayo de 2017, fecha en Solaservis dio por terminado el contrato; que la demandante no recibió el pago completo de sus prestaciones sociales a la finalización del contrato; que no se cancelaron el valor completo de las horas extras; que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales para la liquidación de sus prestaciones sociales de cada año al haberse excluido las horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos. Los demás hechos se encuentran en el libelo de la demanda. (ff.186-189)

1.2. Contestación de la demanda



La CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., al descorrer el traslado de la demanda aceptó los hechos 1, 4, 11 y 19, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o que no le constan, respecto de las pretensiones se opuso a todas y cada una de ellas, y propuso en su defensa las excepciones de mérito que denomino “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PAGO TOTAL, BUENA FE, GENÉRICA O INNOMINADA, PRESCRIPCIÓN.” (ff.56-64).

Por su parte, la demandada SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. – SOLASERVIS S.A.S., en su escrito de respuesta aceptó los hechos: 1, 8, 9, y 13. De los demás hechos manifestó que no son ciertos o que no le constan, frente a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas, y propuso como excepciones de mérito: “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, MALA FE DEL DEMANDANTE, LÍMITES A LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA, INEXISTENCIA DE DESPIDO INJUSTO, EXCEPCIÓN GENÉRICA, PRESCRIPCIÓN GENÉRICA, BUENA FE DE SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S., COMPENSACIÓN”. (ff.115-148)

1.3. Sentencia de primer grado

Mediante sentencia No. 110 adiada 20 de noviembre de 2019, el Juez Segundo Laboral de Buenaventura, declaró que entre la demandante y las demandas Solaservis SAS, y que la Clínica Santa Sofía del Pacífico Ltda., existió un contrato a término indefinido entre el 3 de junio de 2015 y el 13 de mayo de 2016, siendo la Clínica solidariamente de las obligaciones laborales contraídas durante la relación laboral; absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones económicas de la demanda al considerar que no se le adeuda ningún concepto de orden laboral a la demandante; y condeno en costas a las demandadas.

1.4. Recurso de apelación.

El apoderado judicial de la parte accionante interpuso recurso de apelación asegurando que acuerdo a los cuadros de turnos la demandante si laboró horas extras y demás horas suplementarias, solicitando que sean reconocidas. Precisa que está demostrado en el proceso, con los desprendibles de pago, que a la demandante no se le tuvieron en cuenta las bonificaciones para la liquidación de las horas, los recargos, sino el salario básico sin incluir las bonificaciones, sumas que deben ser aplicadas a la reliquidación de las horas extras y liquidación de prestaciones sociales cuando fueron reconocidas.

REF. PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.

DTE: VIVIANA CUERO ESTUPIÑAN

DDO: CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA. Y OTRO.

RAD: 76 109 31 05 002 2017 00170 01



Por lo anterior, solicita a los señores magistrados que reconozcan en primer lugar el que al pago de horas extras, y demás, reliquidarlas conforme a las bonificaciones y auxilios mencionados en la demanda, y también se debe tener en cuenta el salario básico, más las bonificaciones y el promedio de las horas extras para la liquidación de las prestaciones sociales. En cuanto a la mala fe de las entidades demandadas, considera que está demostrado que los empleadores disfrazaron la realidad del contrato, disfrazaron lo que en realidad era el salario del trabajador y pretendieron sustraer en parte pactándolo como factor no salarial con lo queda demostrado que no obraron de buena fe, aunado a esto y para ser más gravosa la situación de su mandante, no incluyeron en la liquidación de las horas extras y prestaciones sociales, las bonificaciones por ella recibidas mes a mes y por ende se hacen merecedores a al pago de las indemnizaciones del artículo 65 del CST.

Con base en lo anterior, solicita declarar primero que se reconozca que las bonificaciones si constituían salario, segundo que se reconozca las horas extras y demás horas complementarias, que se reliquide las horas extras y recargos laborados por la demandante con base en los auxilios que constituían salario, que se reliquide las prestaciones con base en las horas extras y recargos nocturnos y bonificaciones que le pagaban a la actora, que se reliquide las indemnizaciones moratorias con base en las horas extras y recargos nocturnos, y por último se condene en costas a favor de la parte demandante

1.5. Del trámite en segunda instancia.

Admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para que presenten los alegatos de segunda instancia. Sin embargo, la parte actora no remitió correo alguno con el escrito de alegatos.

De otro lado, la EST SOLASERVIS S.A.S. dentro de los alegatos presentados refirió (i) que la demandante ingresó como empleado en misión en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, por incremento en la prestación de los servicios e incremento en la atención de pacientes en la empresa usuaria CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., en una primera vinculación que inició desde el 03/06/2015 hasta el 13/05/2016, contrato que culminó por la TERMINACIÓN DE LA OBRA O LABOR; (ii) que SOLASERVIS S.A.S., tiene facultad de suministrar personal para el cubrimiento de los servicios de las empresas usuarias como la IPS demandada, y éstas podrán dar órdenes, impartir instrucciones a los trabajadores sin que estos adquieran el carácter de empleador; (iii) manifiesta que la finalidad exclusiva del contrato de obra o labor fue la prestación del



servicio como trabajadora en misión en la empresa cliente durante los periodos señalados en líneas que anteceden; (iv) que SOLASERVIS S.A.S., y la CLINICA SANTA SOFIA suscribieron el 15 de marzo de 2013, contrato comercial para ejecutar las actividades de colaboración temporal bajo la subordinación de la empresa usuaria, debido al incremento de personal.

Asimismo, considera que la terminación del contrato obedeció a la terminación de la obra labor, teniendo en cuenta que fueron contratos laborales autónomos e independientes con diferentes funciones, por lo que considera no hay lugar a dar aplicación al principio de la primacía de la realidad dado que no fue un contrato verbal, que tampoco es viable el pago de las prestaciones sociales ya que fueron liquidadas al momento de la terminación de la obra o labor, conforme lo estipula el artículo 45 del C.S.T.

Respecto de la indemnización por el despido injusto, alega que la misma no es procedente toda vez que el despido no se encuentra probado al haber finalizado por TERMINACIÓN DE LA OBRA O LABOR.

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

Por último, indicó que se ratificaba en las excepciones merito que fueron propuestas en el escrito de respuesta a la inicial.

A su vez, el apoderado judicial de la sociedad CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., dentro del escrito de alegatos manifestó, que tal y como se determinó en primera instancia, no existe vínculo directo con la demandante, más allá de la solidaridad declarada, que la EST SOLASERVIS realizo el pago de total de las acreencias laborales generadas dentro de la relación laboral, por lo que considera no hay lugar para modificar la orden de primera instancia.

Para terminar, afirma que existe una diferencia entre la decisión de primera instancia y la orden contenida en el acta de audiencia, pues la Clínica Santa Sofía del Pacifico Ltda., fue absuelta, pero en el acta aparece las costas a cargo de la EST SOLASERVIS S.A.S., y de la Clínica Santa Sofía del Pacifico.

II. CONSIDERACIONES

REF. PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.

DTE: VIVIANA CUERO ESTUPIÑAN

DDO: CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA. Y OTRO.

RAD: 76 109 31 05 002 2017 00170 01



1. Presupuestos procesales

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

2. Competencia de la sala

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

Al revisar el recurso de apelación encuentra la Sala que la parte recurrente incluyó en el recurso puntos no discutidos en la primera instancia. En efecto, solicita declarar primero que se reconozca que las bonificaciones si constituían salario y se reliquide las horas extras y recargos laborados por la demandante con base en los auxilios que constituían salario; y posteriormente que se reliquide las prestaciones con base en las horas extras y recargos nocturnos y bonificaciones que le pagaban a la actora.

Sin embargo, al revisar los hechos y pretensiones de la demanda se indica en la demanda que a la demandante no le cancelaron de manera completa las horas extras y los dominicales y festivos, solicitando el pago de las prestaciones sociales; pero en ninguna parte de los hechos ni de las pretensiones hizo referencia a que recibía otros pagos habituales; y menos que esos pagos constituyan salario. De manera que, en aplicación del principio de congruencia, la Sala limitará el estudio en la segunda instancia, en determinar si la demandante tiene derecho a la reliquidación de las horas extras, y a la reliquidación de las prestaciones sociales, sin hacer referencia a la inclusión de otros factores salariales.

3. Problema jurídico



No fue materia de discusión dentro del debate procesal los siguientes hechos: i) La existencia de una relación laboral entre la señora Viviana Cuero Estupiñan y la EST Solaservis SAS; ii.) que relación laboral que se suscitó entre el 3 de junio de 2015 al 13 de mayo 2016; iii.) que durante su vinculación laboral fue enviada en misión a la Clínica Santa Sofía del Pacífico, quien fue la empresa beneficiaria del servicio.

En vista de lo anterior, y atendiendo a los reparos propuestos dentro de los recursos de alzada esta Colegiatura resolverá los siguientes problemas jurídicos: i.) Se analizará ¿si la demandante tiene derecho al pago de la reliquidación horas extras y trabajo suplementarios? ii.) De salir avante el anterior pedimento se estudiaría si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales y si es procedente la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

4. Tesis

La Sala confirmará la decisión de primera instancia al considerar que quedó demostrado que dentro de la relación de trabajo se le pagó a las horas extras y el trabajo suplementario a la demandante.

5. Argumentos de la decisión

5.1 Horas extras y trabajo suplementario.

Manifiesta el apoderado judicial de la actora dentro del recurso de alzada su inconformidad contra la sentencia de primera instancia, señalando que debió ser condenada la entidad demandada al pago de la. reliquidación de las prestaciones sociales teniendo en cuenta las horas extras laboradas según los cuadros de turnos y que presuntamente no fueron liquidadas de manera correcta por la EST SOLASERVIS S.A.S.

En cuanto a las pretensiones del pago de horas extras, recargos nocturnos y trabajo suplementario, es necesario aclarar, que repetida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser clara y precisa, y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir el número de horas trabajadas.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha establecido en reiteradas ocasiones, quien tiene la carga probatoria de demostrar la causación de trabajo suplementario y horas extras dentro de la



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

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

6. Caso concreto

Ahora bien, Sobre el punto de la reliquidación de las prestaciones sociales por el pago de horas, una vez efectuado en el estudio del material probatorio se observa los cuadros de turnos donde aparece el nombre de la demandante Viviana Cuero Estupiñan (ff.21-23), sin que de dicha prueba documental se pueda constatar, por quien fueron emitidos como quiera que no tienen el logo o membrete de las sociedades traídas a juicio, y tampoco son rubricadas por el coordinador de la EST o la coordinadora de personal de la Clínica usuaria.

En el interrogatorio de parte, la actora manifestó que les pagaban mensualmente, que el salario era variable, que en las auditorias les explicaban los conceptos que eran pagados por su fuerza de labor, que los desprendibles eran enviados al correo pero que ella lo perdió, afirmó que no tenía claras las fechas en que salió de la clínica, porque ella nunca anda demandando sino trabajando, que los extremos son los que se pueden justificar con los soportes de la demanda, adujo que le contaron que conforme a unas leyes estaba mal liquidada, por lo que no tiene idea de los conceptos, que ella siempre reclamó su pago y se conformaba con lo que le pagaban, que eras varias auxiliares y a unas les llegaba más que otras, pero nunca pregunto, solo se dedicaba a trabajar, que la finalidad de la



demanda es que le remuneren la liquidación de los conceptos que no fueron bien liquidados.

Con respeto a la prueba testimonial de la parte demandante, la declaración de la señora Elizabeth Castillo Perea indicó que laboró desde el año 2011 hasta diciembre de 2016, fue compañera de la demandante, laboró como auxiliar de enfermería y luego como auxiliar de facturación, fue encargada de coordinación de facturación que primero se vinculó para una cooperativa y luego para la temporal SOLASERVIS, desconoce la fecha del inicio del vínculo laboral de la demandante, que el salario era el mínimo del año, más un auxilio que les decían que no era salario, que siempre les liquidaron con el básico, que en las reuniones la jefe de recursos humanos les indicaba como era la forma de pago, que el personal siempre manifestaba su inconformidad por la división del salario, ya que no le pagaban las horas extras y recargos, que el pago era consignado en la cuenta, básico más los auxilios, que los desprendibles de pago eran enviados al correo de quienes lo tenían, que en unos meses el salario era \$ 1.050.000, que el salario básico era ejemplo el mínimo y lo demás era un auxilio de \$ 150.000, que el salario siempre variaba pero el auxilio era el mismo.

El deponente Rubén Darío Caicedo Caicedo, manifestó creer que la actora fue despedida injustamente, que laboró como enfermero en el área central desde abril del 2014 del 29 de noviembre de 2017, que el contrato firmado por la demandante era de un año con la EST, desconocía el tiempo de servicio de la demandante, que desconoce el motivo de la terminación del vínculo, que muchas veces entre ellos comentaban que no les pagaban bien las horas extras, que les pagaban auxilios de transporte mensualmente, que los auxilios no fueron tenidos en cuenta para incluir dentro de la liquidación de prestaciones y horas extras, para el caso de todos los trabajadores de la clínica, que de manera verbal presentaron las reclamaciones pero nunca fueron solucionadas, acepto que los auxilios por ellos recibidos no constituían salario, que el salario era de \$ 750.000, y con las horas extras aumentaba, que le pagaron la liquidación de prestaciones sociales a la finalización del contrato.

La testigo de la parte demandada Yuli Sujey Cortes Cortes, manifestó que conoce el tipo de vinculación de la demandante por ser la coordinadora de talento humano y delegada control interno, que en el caso de la demandante la coordinadora de cada área pasa y programa los cuadros de turnos, para que si generan horas extras, se le liquiden y paguen, que los turnos eran de 8 y 10 horas, que los salarios devengados eran cancelados por EST SOLASERVIS, que la EST pagó las horas extras, recargos y tiempo suplementario, que ella



valido los pagos para que la IPS pagara las facturas a la EST, por el suministró del personal, que los turnos eran verificados por el hullero de la temporal, que los auxilios que eran pagados a la demandante por valor de \$ 150.000, no se incluían en la liquidación de las prestaciones sociales, ni horas extras, que la temporal liquidó y pagó las horas extras de acuerdo a los informes de los coordinadores de cada área y finalmente que la demandante nunca presentó reclamación por ningún tipo de concepto.

En este punto, lo primero que se hace necesario resaltar es que mientras la demandante estuvo vinculada con la E.S.T. SOLASERVIS S.A.S., se generó en razón a su fuerza de laboral el pago de horas extras y trabajo suplementario, las cuales fueron pagadas de acuerdo con las prescripciones legales, tal cual se constata en las nóminas aportadas dentro del plenario, por la parte actora y la EST demandada visibles de folios (153-158, y 163-166).

Que dentro de los informes de tiempos (ff.21-23), si bien es cierto, se relacionan algunos turnos, y en los mismos aparece el nombre de la demandante, de dicha prueba no se puede establecer, si fueron ordenados por la empresa demandada o autorizados por la misma, mucho menos si estos periodos de tiempo fueron efectivamente trabajados, de la misma manera, los testigos no fueron claros, ni especificaron con respecto de los turnos y horas que presumen como mal liquidados, como quiera que solo indicaron que trabajaron en turnos similares y en el mismo cargo, que creían que no les pagaban completamente, sin embargo, de ello no se puede concluir de manera forzosa que se generó en favor de la demandante el pago de horas extras que no fueron reconocidas.

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



COSTAS.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 0110 del 20 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura (V.), dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por la señora **VIVIANA CUERO ESTUPIÑAN** contra las sociedades **CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA.**, y **SOLASERVIS S.A.S.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA PATRIGIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrada
En licencia por luto



Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

6bbfac1c3a1d949b650c760ea74712132b555c52e5feeb6ef9199ce2aa2cdd73

Documento generado en 24/11/2020 03:57:15 p.m.



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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente**

**SENTENCIA NO. 188
APROBADA EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) noviembre de dos mil veinte (2020)

REF: Proferido en Proceso Ordinario Laboral promovido por **MARINO OCAMPO** en contra de **COLPENSIONES**.
RAD.: 76-520-31-05-002-2019-00155-01.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala Tercera de Decisión Laboral a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada en audiencia Pública celebrada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira - Valle, el día veintitrés (23) de septiembre del año dos mil veinte (2020).

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

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda.

El demandante por medio de apoderado judicial formuló demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a fin de obtener con sus pretensiones el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por tener compañera permanente a cargo, junto con el retroactivo.

En respaldo de sus pretensiones, refirió que mediante Resolución No. 66530 de fecha 1 de marzo de 2016 reconoció la pensión de vejez al actor a partir del 26 de junio de 1012, en virtud de lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en obediencia con la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali de fecha 16 de junio de 2014, confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali el día 7 de noviembre de 2014.



Agregó que desde el 15 de marzo de 1986 convivió en unión libre con la señora BENEDICTA PIEDRAHITA DE POSADA, con quien ha convivido siempre de manera continua e interrumpida.

Relata que presentó la reclamación para el reconocimiento del incremento pensional deprecado, sin embargo, fue negada por la entidad.

1.2. Contestación de la demanda.

Admitida la demanda originaria por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira – Valle, y notificado en debida forma el auto que así lo dispuso, la entidad demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones de fondo: “inaplicación de una norma derogada, prescripción e inexistencia de la obligación”. Como fundamento de su defensa precisó que los incrementos pensionales fueron derogados y no están contemplados en la ley 100 de 1993, y explicó que la pensión del actor le fue reconocida con posterioridad al 01 de abril de 1994 razón por la cual no tiene derecho.

1.3. Sentencia de primer grado.

El día 23 de septiembre de 2020, el ad-quo profirió sentencia en donde absolvió a la entidad demanda de las pretensiones incoadas, declarando probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, toda vez que el incremento pensional del 14% se encuentra derogado.

1.4. Trámite de segunda instancia

Admitido el grado jurisdiccional de consulta, en aplicación de Decreto Legislativo 806 se corrió traslado para presentar alegatos de segunda instancia, término en el cual la parte demandante solicitó que se revoque la sentencia consultada reiterando que se encuentra probada los requisitos para el reconocimiento del incremento pensional toda vez que el señor MARINO OCAMPO, es pensionado por vejez bajo el sustento normativo amparado por el régimen de transición de la ley 100 de 1993, y le fue aplicado los requisitos del acuerdo 049 de 1990, que además su compañera permanente la señora BENEDICTA PIHEDRAHITA, no devenga pensión y depende únicamente de su compañero permanente pensionado, y por último se está reclamando la exigibilidad del derecho al incremento pensional dentro de los 3 años al expedirse la resolución No GNR 6653 de fecha marzo 1 de 2016 y se interrumpió la prescripción con la presentación de la reclamación administrativa ante Colpensiones el día el día 29 de octubre de 2018, fecha en la cual iniciaron a correr nuevamente y por una sola vez el termino de 3 años y la demanda se presentó para reparto el día 7 de mayo de 2019.

La entidad llamada a juicio dentro de su oportunidad sostuvo que es improcedente reconocer incrementos pensionales al demandante toda vez que no le asiste el derecho reclamado y en consecuencia solicitó se confirme la sentencia número 40



de fecha 23 septiembre de 2020 y se absuelva de las pretensiones establecidas en el escrito de la demanda.

Explicó que para el reconocimiento de la prestación económica del señor MARINO OCAMPO precisó 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 y como sustentó rememora lo establecido en la sentencia de unificación 140 de 2019 la cual confirma que están derogados los incrementos pensionales del 14% y 7 %, más aún cuando el demandante le fue reconocida pensión con posterior al 1 de abril de 1994.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Competencia de la Sala

Conoce la Sala el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante al ser la decisión proferida en primera instancia, totalmente adversa, lo que otorga competencia plena a la Sala en orden a determinar si la decisión de primera instancia se emitió ajustada a derecho.

3. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar, ¿Si se demostró dentro del juicio oral que al señor MARINO OCAMPO le asiste el derecho al incremento pensional por tener compañera permanente a cargo?

4. Tesis de la sala

La Sala confirmará la decisión absolutoria proferida por la primera instancia.

5. Argumentos

Vigencia del incremento por persona a cargo - requisitos para tener derecho al incremento pensional artículo 21 acuerdo 049/90.

Se ha discutido por la jurisprudencia Nacional el tema de la vigencia de los incrementos luego de la expedición de la ley 100 de 1993. En línea constante de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha sostenido que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron



otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, fue fijado por la Corte en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345, SL942-2019 Radicación n.º 65842 y SL3100-2019, Radicación n.º52502, precisando esta Sala que se trata de una posición uniforme contenida en más de tres decisiones de la Corte, que constituyen doctrina probable y que se acoge en su integridad por parte de la Corporación. Recientemente, la Corte Constitucional en sede de revisión, específicamente en la SU 140 DE 2019, por mayoría de votos, cambió la tesis para argumentar que los incrementos no se encuentran vigentes luego de la expedición de la ley 100. Frente a dos posiciones jurisprudenciales, la Sala continúa acogiendo la de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que la ley 100 no implicó una derogatoria integral del acuerdo 049 de 1990, precisando, tal como lo ha señalado la Corte Suprema, entre otras sentencias, en la SL 942-2019, Radicación n.º 65842, reiterando lo dicho en SL, 12 dic. 2007, rad. 27923, y en la sentencia N°04919 del 18 de septiembre de 2012, que los incrementos por persona a cargo “no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales” y por lo tanto no gozan del atributo de imprescriptibilidad.

En la providencia SL942-2019 citada la Corte reiteró que se hacen exigibles desde el momento en que se produce el reconocimiento de la pensión de invalidez o de vejez, según fuere el caso.

En conclusión, entonces la tesis integral que acoge esta Sala de decisión es que, si bien el derecho al incremento pensional se encuentra vigente, es un derecho prescriptible.

Entrando en materia, el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 reglamenta los incrementos de las pensiones de vejez, señalando que las pensiones mensuales de vejez se incrementan en un 14% y 7% sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión, pero es el artículo siguiente, que establece la naturaleza de los incrementos pensionales, los cuales “no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez.....y el derecho a ello subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen”.

En últimas, para acceder al beneficio del cónyuge a cargo, que es el incremento que se reclama en este proceso, se debe acreditar entonces los siguientes requisitos:

1. Ser el demandante pensionado por vejez en aplicación directa o por transición del acuerdo 049 de 1990.
2. Que su cónyuge o compañera o compañero permanente dependa económicamente del pensionado
3. Que su cónyuge o compañero o compañera permanente no disfrute de una pensión.

6. Caso concreto.



En el presente asunto, acorde a las pruebas recaudadas queda plenamente acreditado que el señor MARINO OCAMPO, ostenta la calidad de pensionado por el reconocimiento realizado el día 16 de junio de 2014 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, decisión confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali el día 7 de noviembre de la misma anualidad; posteriormente la entidad llamada a juicio mediante Resolución No. 66530 de fecha 1 de marzo de 2016 dando cumplimiento a la providencia citada reconoció la pensión de vejez al actor a partir del 26 de junio de 2012.

Advierte la Sala que si bien fue demostrada la dependencia económica, se observa que solicitó por vía administrativa el reconocimiento de los incrementos por persona a cargo el 29 de octubre de 2018 (fl. 6), es decir, 4 años después del reconocimiento pensional, razón por lo cual, y tal como se explicó en precedencia, el derecho a reclamar los incrementos pensionales del Acuerdo 049 de 1990 por persona a cargo se encuentra prescrito, por no haber sido reclamados dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad atendiendo que la pensión fue reconocida el por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia de fecha 16 de junio de 2014 y confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali el día 7 de noviembre de la misma anualidad. Debe aclararse que si bien la entidad enjuiciada reconoció la prestación económica el 1 de marzo de 2016, el acto administrativo fue en cumplimiento de la sentencia judicial confirmada en segunda instancia el 7 de noviembre de 2014.

En consecuencia, lo anterior permite colegir que el demandante no tiene derecho a que su pensión sea incrementada sobre el 14% de un salario mínimo legal vigente, por encontrarse prescrito. Por tanto, la sentencia 23 de septiembre de 2020, debe ser CONFIRMADA por motivos diferentes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del día veintitrés (23) de septiembre del año dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira, por las consideraciones esbozadas en líneas precedentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



Notifíquese y cúmplase

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Buga

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

Código de verificación:

b360eaab8ea70181b8ff03061d287459b71174baeb4568a0b90eb7c63855108a

Documento generado en 24/11/2020 03:59:44 p.m.

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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrado Ponente**

**SENTENCIA No. 189
APROBADA EN ACTA No. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación No. 76-622-31-05-001-2018-00222-01. Proceso Ordinario Laboral de ALBERTO ELIAS ESPINOSA contra ADOLFO LEON GOMEZ CARDONA.

OBJETO DE LA DECISION

Procede la Sala a proferir la sentencia de segunda instancia que se contrae a desatar el recurso de apelación contra sentencia dictada en audiencia celebrada por el Juzgado Laboral del Circuito de Roldanillo el día veinticuatro (24) de octubre del año dos mil diecinueve (2019).

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

ANTECEDENTES

1.1 La demanda.

El señor **ALBERTO ELIAS ESPINOSA**, formuló demanda ordinaria laboral contra **ADOLFO LEON GOMEZ CARDONA**, a fin de que se declare la existencia de una relación laboral a término indefinido desde el 7 de julio de 2001 hasta el 20 de julio de 2018, así mismo, solicitó se condene al pago de las prestaciones sociales, los aportes a la seguridad social en pensiones, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C. S. del T.

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

Relata que laboró en la finca El Recuerdo mediante contrato a término indefinido desde el 7 de julio de 2001 hasta el 7 de julio de 2018.

Explicó que la persona encargada de manejar la finca era el señor GUILLERMO ELIAS GOMEZ TORO, padre del demandado, quien después del fallecimiento de su progenitor siguió manejando la finca.



Precisó que las funciones era de administrar la finca, las cuales las realizó de manera personal bajo subordinación.

Señaló que durante la relación laboral no fue afiliado al sistema de seguridad social, tampoco le fueron canceladas las prestaciones sociales.

1.2 Contestación de la demanda.

El demandado, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo la excepción de fondo denominadas inexistencia de la relación laboral, inexistencia de las obligaciones laborales reclamadas, mala fe del demandante, cobro de lo no debido, ausencia de la causa petendi, falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción. En cuanto a los hechos indicó no ser cierto algunos y otros no constarle, como argumentos de su defensa expuso que no es cierto que existió una relación laboral y aclaró que el progenitor del demandado por un tiempo le entregó una parte de la tierra para explotarla y luego dividir las ganancias, que además nunca ejerció el señor Adolfo León Gómez subordinación ante el señor Alberto Elías.

1.3 Sentencia de primer grado.

Mediante sentencia adiada 24 de octubre de 2019, el Juez Laboral de Roldanillo declaró probadas las excepciones propuestas y absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones propuestas en el libelo genitor; consideró el operador jurídico de primer grado que las pruebas aportadas practicadas no fueron suficiente para demostrar la relación laboral aludida por el actor.

1.4. Recursos de apelación.

El profesional del derecho que defiende los intereses del demandante señaló que existe un error por el despacho en la clase de labor que prestaba el señor Alberto al señor Adolfo y básicamente se concentra en el criterio de subordinación; que está probada la prestación personal del servicio y la distribución porque todos los testigos se encaminaron a decir que el señor Adolfo era quien realizaba los pagos.

Explicó que el trabajo desarrollado por el accionante es de dirección confianza y manejo, es decir, que entre las facultades que tenía don Alberto era de coordinar el tema de la contratación por eso las personas que trabajaban en la finca era como un administrador y era quien manejaba los recursos físicos y fuerza laboral en la finca, de ahí que esa subordinación no se vea tan palpable como comúnmente sucede con otros tipos de contrato de trabajo y dentro de este caso la subordinación se da por la dependencia económica que tenía don Alberto frente a esa responsabilidad de administrar una finca.

Que todos los testimonios fueron unánimes en advertir que don Alberto era quien estaba en cabeza en la administración de la finca y advirtieron que don Adolfo era una persona que no era muy dúctil en administrar los recursos y que solo sabía



escribir su nombre y por eso contaba con 2 administradores uno encargado de la parte operativa es decir quien contrataba que era don Alberto y de estar pendiente de la recolección del café y el otro administrador era el hijo de don Alberto quien era la persona encargada de la responsabilidad económica y era quien iba a llevar los granos del café y recibía los pagos y tenía más contacto con don Alberto.

Respecto del extremo laboral la única prueba que existe del inicio a laborar desde el 2001 es el dicho de don Alberto y del señor Leonardo Antonio y frente a eso no existió ninguna contradicción y no entiende porque no se da el suficiente valor probatorio, y debe presumirse desde el 2001 precisamente como lo señala el demandado en la contestación de la demanda sería en junio del 2018; en cuanto a la sustitución de empleadores considera que no existe prueba, inclusive no existió ningún cambio en el contrato, los testimonios arrojados fueron coherentes en advertir que don Guillermo le entregó la administración de la finca a don Alberto y estando a cargo de Adolfo no se advirtió ningún cambio, inclusive el señor Alberto señaló que no se advirtió ningún cambio y se le pagaba cada 8 días su salario y de acuerdo a las facultades ultra y extra petita que autoriza a los jueces laborales debió advertir ese extremo temporal, de esa manera solicita a los Magistrados del Tribunal Superior se revoque la sentencia para que pueda acceder a las pretensiones.

1.5. Trámite de segunda instancia

Admitido el recurso de apelación, en aplicación de Decreto Legislativo 806 se corrió traslado para presentar alegatos de segunda instancia, término en el cual el recurrente guardó silencio.

Por su parte el apoderado judicial del llamado a juicio solicitó que se confirme a sentencia primigenia, como sustento de sus argumentos sostuvo que la actividad probatoria ejercida por el extremo activo fue exigua en razón a que en el desarrollo de la primera instancia no se demostró la existencia de los elementos para que se configuren un contrato de trabajo.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

En el presente proceso ordinario laboral se encuentran reunidos los requisitos necesarios para la regular formación del proceso y el perfecto desarrollo de la relación jurídico procesal, condiciones que permiten pronunciar una sentencia de fondo, sin que se evidencie causal de nulidad susceptible de invalidar lo actuado.

2. Competencia de la Sala

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

3. Problema jurídico.



Teniendo en cuenta los motivos de disenso propuestos por la parte pasiva, la Sala determinará si entre el señor ALBERTO ELIAS ESPINOSA y ADOLFO LEON GOMEZ CARDONA se suscitó una relación de trabajo desde el 7 de julio de 2001 hasta el 20 de julio de 2018?

4. Tesis.

Esta Sala confirmará la decisión proferida en primera instancia.

5. Argumentos de la decisión.

5.1. Contrato de trabajo

Reza el ordinal 1° del artículo 22 del C. S. T. que “contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración”.

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

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

Sobre la aplicación del artículo 24 del C.S.T. la Sala de Descongestión laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL365 del 2019, radicación No. 5713, citando a su vez la sentencia CSJ SL4027-2017, reiteró “(...) *que, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada. Sin embargo, no será necesaria la acreditación de la citada subordinación, con la producción de la respectiva prueba, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal consagrada en el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo*”.

En el mismo sentido ha precisado la Corte, en sentencia de cinco (5) de abril de dos mil once (2011) con radicación No. 41224 sobre la carga probatoria de demostrar los extremos temporales de la relación de trabajo aseguró: “*Puesta la discusión en ese escenario jurídico, la Sala considera que el Tribunal no distorsionó el verdadero sentido de la regla de juicio de la carga de la prueba, contenida en el artículo 177*”.



del Código de Procedimiento Civil –aplicable al procedimiento del trabajo y de la seguridad social, merced a lo dispuesto en el artículo 145 del estatuto de la materia-, porque la carga de la prueba del tiempo servido por el trabajador al empleador la soporta el primero, de modo que la falta de demostración del tiempo de servicios comporta que no hay posibilidad para condenar al pago de prestaciones, salarios e indemnizaciones.

De este modo, la carga de la prueba le corresponde a la parte que se encuentre obligada a demostrar determinados hechos, es decir, que quien afirma un supuesto está en el deber de probarlo.

Caso concreto.

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

El actor en los hechos de la demanda indicó que fue vinculado mediante un contrato a término indefinido prestando sus servicios personales a favor del demandado entre el 7 de julio de 2001 hasta el 20 de julio de 2018. Al dar respuesta a la demanda, el accionado se opuso a las pretensiones elevadas en su contra.

Entonces como el demandado no aceptó la prestación personal del servicio, le correspondía al demandante la carga probatoria de demostrar que prestó de manera personal sus servicios a favor del señor ADOLFO LEON GOMEZ en los extremos indicados en la demanda. Dentro del plenario no fue aportada prueba documental alguna para reafirmar los argumentos del progenitor del litigio.

En la audiencia de trámite y juzgamiento fue recibido el interrogatorio del demandado quien sostuvo que conoce al señor Alberto Espinosa, porque su papá le dio la finca al señor para que trabajara porque cuando eso su papá estaba muy enfermo y él era muy amigo de don Alberto y le dijo que se surtiera de eso, y si le quedaba plata le diera. Reiteró que nunca contrató ni verbal, ni por escrito al señor Alberto Elías. El señor Alberto Elías, no sabe porque se fue, Él no tenía casi contacto con don Alberto. Muy poco va a la finca. Nunca contrató a don Alberto, ni le daba órdenes. Nunca se benefició de lo que don Alberto explotaba de la finca.

El actor ALBERTO ELIAS MENDOZA, señaló en su relato que primero lo contrató don Guillermo, el papá de él, y de ahí él murió y siguieron con él. Que a veces tenía que pedirle permiso al demandado para salir hacer una diligencia. Que el señor Adolfo nunca le llamó la atención ni lo sancionó por hacer mal una labor. Precisó que el accionado le pagaba al hijo. Su hijo les pagaba a los trabajadores. Que don Guillermo mandaba los abonos y les pagaba a los trabajadores. Después que llegó



don Adolfo, siguió trabajando en lo mismo y les pagaba el sueldo, que se entendía con su hijo porque era el jefe. Explica que el poquito de naranja se sacaba para la venta, dos o tres bultos, las vendía por cuenta suya, Él cuando quería lo vendía. Él solo tenía una vaquita y un ternero.

El deponente LEONARDO ANTONIO CORRALES RAMIREZ precisó que él estaba trabajando allá cuando don Alberto empezó a trabajar, cuando Él entró, testigo siguió trabajando con él, fueron conocidos con el señor Guillermo Gómez, explicó que Don Alberto llegó de administrador como en el 2001, tiene presente que fue en ese año, porque él se mantenía allá. Él estaba trabajando allá cuando don Guillermo contrató a don Alberto y hasta donde sabe lo contrató como administrador porque es testigo que a él le pagaban un sueldo a él y al hijo, indicó que al señor Alberto las órdenes se las daba don Guillermo cuando estaba vivo y después el señor Adolfo. Que el señor Alberto y su hijo manejaban la finca, que no se dio cuenta de cómo quedó trabajando el señor Alberto después que murió don Guillermo, porque no estaba ahí, estaba en otra vereda trabajando. Señaló que nunca vio Adolfo dando órdenes de patrón. Quien se entendía con las cosas de la finca era Beto y los trabajadores llamaban a Beto o Alberto, o los conseguían en el parque y no se dio cuenta si don Adolfo tenía injerencia en quienes iban a trabajar a la finca, él no se mantenía allá, iba pero no estaba enterado de eso, no sabe quién le impuso a Alberto. Le dijeron que cuando el señor Alberto tenía que hacer una diligencia, tenía que pedir permiso, no le consta pero le dijeron. El señor Alberto tenía autonomía en la finca, pero no sabe que le daban órdenes, no sabe cuánto le pagaban a él, no le consta que el señor Adolfo le dio órdenes al señor Alberto Elías para contratar.

Por su parte el señor JESUS ALBEIRO GONZALEZ GALLEGO señaló que conoce al señor Adolfo León, porque trabajó en la finca con el señor Alberto Elías y sabe que cuando fue a trabajar allá el señor Alberto Espinosa le dio trabajo como recolector y le pagaba, reclamaba el pago en donde el señor Adolfo o en otro caso le daba un vale. No sabe desde cuando estaba don Adolfo en esa finca. No sabe hasta cuándo estuvo don Alberto, tampoco sabe porque salió. Trabajó máximo 3 semanas, en recolección de café. Llegó a ver al señor Adolfo en la finca, dos veces, él iba en la semana, iba a darle vuelta a la finca y la última vez que lo vio amaneció, como tiene apartamento en esa finca. Entiende que don Adolfo era el patrón de don Alberto porque entiende que si se está de patrón el dueño es el que paga y supuestamente trabajó con él. Señaló que quien lo contrataba era el señor Alberto Espinosa o el hijo, se encontraban con ellos en el pueblo y los dos eran los administradores y los encargados de la finca. Él trabajaba como administrador, no sabe más. No le consta que el señor Adolfo le daba órdenes al señor Alberto Elías. No le consta si el señor Alberto Elías le pedía permiso al señor Adolfo para salir. No sabe cuánto le pagaba el señor Adolfo al señor Alberto Elías.

El señor OMAR DE JESUS LOPEZ CERO manifestó que no sabe cómo llegó el señor Alberto en el año 2001 a esos lados, porque no estaba por allá. Tiene entendido que el señor Alberto entró a administrarle la finca a don Guillermo. La administración de la finca era de don Alberto y el hijo se encargaba de la parte de las cuentas quien se las llevaba a don Alberto al señor Adolfo. Vio que don Guillermo le daba órdenes a don Alberto, pero no sabe en qué condiciones quedó don Alberto cuando murió don Guillermo. No le consta que órdenes le daría don Adolfo a don



Alberto, porque nunca estuvo en un momento de una conversación y sabe por palabra de don Alberto, que a finales de año le regalaban \$300.000 pesos.

El señor EDUAR LOPEZ TORO relató que conoce al señor Alberto Elías Espinosa. No conoció a don Guillermo. No sabe nada de la situación de como fue el acuerdo entre don Guillermo con el señor Alberto, Sabe que don Alberto era trabajador pero no sabe de qué. Conoce a don Adolfo hace dos años, lo conoció del 2017 para acá, no lo conocía antes. No sabe si don Alberto tenía autonomía en la finca, él solamente iba y le regalaba el revuelto. Iba entraba por salida, No sabe quién se beneficiaba de esa finca. No vio si el señor Adolfo iba a darle órdenes a don Alberto. No sabe bien de quien es la finca.

El deponente GABRIEL ANTONIO BETANCOUR conoce al señor Alberto Elías Espinosa porque es vecino en la vereda. Sabe que don Alberto trabajaba en la finca, pero no sabe en qué forma estaba trabajando, solo sabe que don Alberto trabajaba allá y que sacaba sacaban naranjas, bananos, cuidaban animales, Conoció a don Guillermo Elías, pero no sabe si la finca era de don Guillermo. No sabe si don Guillermo contrató a don Alberto Elías. Señaló que en alguna ocasión él fue acompañarlo, don Alberto le dio trabajo allá y él iba allá. Siempre ha tenido una amistad con don Adolfo, porque es empleado de una empresa y el poquito de café que da su finca, lo vende allá porque es una cooperativa, lo conoce porque él le vende su café. Nunca se entendió con don Adolfo cuando estuvo trabajando en la finca, se entendió con don Alberto. No sabe porque don Alberto dejó de trabajar en la finca. Conocía a don Alberto porque era el que trabajaba en su finca. Le pedía a don Alberto porque cuando se va a pedir, se pide a la cabeza de la casa, solo fue a pedir una o dos veces.

Al analizar la prueba en su conjunto, vislumbra la Sala con los testigos allegados al proceso de la parte demandada como de la parte demandante no se logró identificar el requisito de la prestación personal del servicio a favor del señor ADOLFO LEON GOMEZ en los extremos indicados en la demanda, es decir, desde el 2001 hasta el 2018

En primer lugar, el mismo demandante indicó en su interrogatorio que quien lo contrató fue el señor Guillermo, padre del hoy demandado, y que tuvo vinculo contractual con él hasta su fallecimiento, sin precisar ni en los hechos ni en las pretensiones hasta que fecha estuvo vinculado directamente con el señor GUILLERMO. Tampoco queda claro en que calidad demanda al señor Adolfo León Gómez, respecto del tiempo en que estuvo vinculado directamente con su padre el Señor Guillermo. En los hechos de la demanda y de manera genérica manifiesta que laboró para la familia, para luego indicar que fue contratado por el señor Guillermo. De manera que no precisa si por ese tiempo, al señor ADOLFO lo demanda como heredero; tampoco narra en la demanda que se haya presentado la figura de la sustitución de empleadores, de manera que aceptado como está que desde el año 2001 el servicio que demanda se prestó para el señor GUILLERMO y no para el señor ADOLFO, sin duda las pretensiones están llamadas al fracaso, por la imprecisión de la demanda.



Respecto de los testigos, fueron coincidentes en afirmar que no le constan que el señor Adolfo le impuso alguna orden al señor Alberto, pues así se extrae de lo escuchado por el señor JESUS ALBEIRO GONZALEZ GALLEGO, quien señaló que no le consta que el señor Adolfo le daba órdenes al señor Alberto Elías, no le consta si el señor Alberto Elías le pedía permiso al señor Adolfo para salir y tampoco cuánto le pagaba el señor Adolfo al señor Alberto Elías. El señor OMAR DE JESUS LOPEZ CERO afirmó que no le consta que órdenes le daría don Adolfo a don Alberto; el señor EDUAR LOPEZ TORO relató que no sabe si don Alberto tenía autonomía en la finca, él solamente iba y le regalaba el revuelto, no sabe quién se beneficiaba de esa finca, no vio si el señor Adolfo iba a darle órdenes a don Alberto y tampoco sabe bien de quien es la finca. El deponente HECTOR FABIO LONDOÑO precisó que conoce a don Alberto Elías de vista, no sabe cómo se llama la finca donde trabajó y que nunca entró a la finca, escuchó que el actor y su hijo trabajaban en la finca como si fuera de ellos. No sabe si tenían que pedir permiso para vender, no sabe porque don Alberto Elías dejó de trabajar en la finca y que nunca vio al señor Adolfo dándole órdenes a alguien. Por su parte el deponente GABRIEL ANTONIO BETANCOUR señaló que sabe que don Alberto trabajaba en la finca, pero no sabe en qué forma estaba trabajando, y que sacaba naranjas, bananos, cuidaban animales. Nunca se entendió con don Adolfo cuando estuvo trabajando en la finca, se entendió con don Alberto. No sabe porque don Alberto dejó de trabajar en la finca. Conocía a don Alberto porque era el que trabajaba en su finca. Le pedía a don Alberto porque cuando se va a pedir se pide a la cabeza de la casa.

Sin conocer extremos, lo hasta aquí demostrado es la existencia de un vínculo civil entre las partes con total autonomía del demandante en el manejo de la finca quien se encargaba junto con su hijo de buscar el personal para la recolección de las cosechas, incluso podía sembrar y vender de algunos productos pues así lo sostuvo el progenitor del litigio en su relato y algunos de los testigos.

Y contrario a lo afirmado por el recurrente es necesario precisar que el testimonio del señor LEONARDO ANTONIO CORRALES RAMIREZ no es suficiente para demostrar la relación laboral pretendida, pues dicho deponente ratificó la ausencia de los requisitos para que se configure el contrato de trabajo al relatar que nunca vio Adolfo dando órdenes de empleador, que el señor Alberto tenía autonomía en la finca, pero no sabe quién le daba las órdenes y tampoco sabe cuánto le pagaban. Sumado a ello debe recordarse que la subordinación es un elemento distintivo y característico de una relación laboral, la cual según lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 46384 del 18 de abril de 2018, se refiere en *“la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.”*, situación que no se encuentra probada dentro presente litigio al no ser suficiente con la administración de los recursos de la finca.

En conclusión, la parte demandante no demostró la prestación personal del servicio a favor del señor ADOLFO LEON GOMEZ, debiendo confirmar la sentencia absolutoria de primer grado.



6. COSTAS.

Se condenará en costas en esta instancia, a la parte demandante al ser desfavorable el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial.

7. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veinticuatro (24) de octubre del año dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Laboral del Circuito de Roldanillo.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se señalan como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo mensual legal vigente.

NOTIFIQUES Y CÚMPLASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARIA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

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



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

Código de verificación:

f4fec0a4802971d85c29a287bc0a3d7d9d26b30329f73b4fb3e6599b090655

Documento generado en 24/11/2020 06:02:59 p.m.

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



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

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrado Ponente**

**SENTENCIA No. 190
APROBADA EN ACTA No. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO: APELACION SENTENCIA PRESTACIONES SOCIALES
REFERENCIA: PROCESO ORDINARIOS LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: MAYRA ALEJANDRA ANGULO ESPINOSA.
DEMANDADO: CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA. Y SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S SOLASERVIS.
RADICADO: 76-109-31-05-002-2017-00221-01

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir pronunciamiento dentro del proceso de la referencia el cual se conoce en el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida en audiencia pública celebrada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle, el día veintiuno (21) de julio del año dos mil diecinueve (2019), al haber sido adversa la decisión de primera instancia a las pretensiones de la parte demandante en contra.

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

I. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

MAYRA ALEJANDRA ANGULO ESPINOSA, presentó proceso ordinario laboral de primera instancia contra la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., y SOLUCIONES LABORALES Y SERVICIOS S.A.S. SOLASERVIS S.A.S., a fin de que se declare la existencia de una relación laboral entre el 11 de julio de

REF. PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.

DTE: MAYRA ALEJANDRA ANGULO ESPINOSA

DDO: CLINICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA. Y OTRO.

RAD: 76 109 31 05 001 2017 00221 01



2016 y el 15 de mayo de 2017, fungiendo como intermediario la sociedad SOLASERVIS S.A.S.

En consecuencia de la declaratoria de la relación laboral, dentro de los periodos antes mencionados, se declare que el valor de los auxilios de \$ 150.000, son constitutivos de salario, por ser una suma periódica y percibida como contraprestación del servicio, que condene a las demandadas a la reliquidación y pago de la totalidad de las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, laboradas y pagadas a la demandante, la reliquidación y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones compensadas en dinero, la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación completa de las cesantías causadas desde el 2016 a 2017; indemnización por mora en el pago completo de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación de la relación laboral, la indemnización moratoria del parágrafo 1, del art. 65 del C.S.T., modificado por el art., 29 de la ley 789 de 2002, parágrafo 1, la indexación de las sumas que admitan corrección o en subsidio de las sanciones por mora, costas y agencias en derecho. (ff.7-8)

Como fundamento de sus pretensiones expresó que: a través de la sociedad SOLASERVIS S.A.S., suscribió un contrato de obra o labor, sin especificar o determinar la extensión de la obra, que prestó sus servicios para la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA, desde el 11 de julio de 2016, cumpliendo con un horario de trabajo de 7:00 a.m., a 2:00 p.m., y de 2:00 p.m. a 10:00 p.m., y de 10:00 p.m a 7:00 a.m., y otros de 7:00 a.m. hasta las 5:00 p.m., de lunes a domingo, que los horarios no se podían variar sin previa autorización del supervisor o coordinador de la demandada, que recibía órdenes y directrices para el desarrollo de sus funciones por parte de los directivos y coordinadores de la Clínica; que la CLÍNICA SANTA SOFIA DEL PACIFICO LTDA., era la empresa que fijaba las políticas de atención a los usuarios, tarifas por cobrar, entre otras, tanto así que para ausentarse del trabajo tenía que solicitar permiso a los directivos de la clínica; que como retribución de sus servicios percibió un salario de \$ 770.000, para los años 2015 y 2016, y a partir del 2016 la suma de \$ 150.000, por concepto de auxilio no constitutivo de salario que era pagado mensualmente; que la relación se extendió hasta el 15 de mayo de 2017, fecha en la que afirma fue despedida; afirma que a la terminación de la relación laboral no le pagaron sus prestaciones sociales; que no le cancelaron el valor completo de las horas extras; que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales para la liquidación de sus prestaciones sociales de cada año al haberse excluido



las horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos. Los demás hechos se encuentran en el libelo de la demanda. (ff.3-6)

1.2. Respuesta a la demanda.

La CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., al recorrer el traslado de la demanda aceptó los hechos 1, 3, 4, 7, 8, 10, 11, 13, 15, 16 y 19, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o que no le constan, respecto de las pretensiones se opuso a todas y cada una de ellas, y propuso en su defensa las excepciones de mérito que denomino “PAGO TOTAL, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, GENÉRICA.” (ff.128-136).

Por su parte, la demandada SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S. – SOLASERVIS S.A.S., en su escrito de respuesta aceptó los hechos: 1, 3, 4, 6, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 19 y 21. De los demás hechos manifestó que no son ciertos o que no le constan, frente a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas, y propuso como excepciones de mérito: “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, MALA FE DEL DEMANDANTE, LÍMITES A LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA, INEXISTENCIA DE DESPIDO INJUSTO, EXCEPCIÓN GENÉRICA, PRESCRIPCIÓN GENÉRICA, BUENA FE DE SOLUCIONES LABORALES Y DE SERVICIOS S.A.S., COMPENSACIÓN”. (ff.153-201)

1.3. Sentencia de primer grado.

Mediante sentencia No. 095 del 15 de noviembre de 2019, la Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, absolvió a las entidades demandadas de las pretensiones de la demanda al considerar, que si bien, la relación laboral se suscitó con Solaservis SAS, y que la Clínica Santa Sofía del Pacífico Ltda es solidariamente responsable de las obligaciones laborales contraídas durante la relación laboral, no se le adeuda ningún concepto de orden laboral a la demandante.

1.4. Del trámite en segunda instancia.

Avocado el conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de Consulta, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para que presenten los alegatos de segunda



instancia. Sin embargo, las partes no allegaron correo alguno con sus alegatos de conclusión en la instancia.

CONSIDERACIONES

2. Presupuestos procesales

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

3. Competencia de la sala

Conoce la Sala el proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante al ser la decisión proferida en primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones, lo que otorga competencia plena a la Sala en orden a determinar si la decisión de primera instancia se emitió ajustada a derecho.

4. Problema jurídico

No es materia de discusión dentro del debate procesal los siguientes hechos: i.) La existencia de una relación laboral entre la señora Mayra Alejandra Angulo Espinosa y la EST Solaservis SAS, siendo enviada en misión a la Clínica Santa Sofía del Pacífico, entre el 11 de julio de 2016 hasta el 15 de mayo de 2017; ii.) Que el último salario básico que devengo durante la ejecución de las labores equivalía a \$ 770.000, pactándose como auxilio no constitutivo de salario la suma de \$ 150.000.

En vista de lo anterior, y conforme a las pretensiones del escrito primigenio esta Colegiatura resolverá los siguientes problemas jurídicos: i.) ¿Si en aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades existió una relación laboral entre Mayra Alejandra Angulo Espinosa y la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACÍFICO LTDA., teniéndose como solidariamente responsable a la SOLASERVIS S.A.S.? ii.) Se analizará ¿si la actora tiene derecho a la reliquidación de sus prestaciones



sociales? iii.) De salir avante el anterior pedimento se estudiaría si hay lugar a la sanción moratoria.

5. Tesis

Esta agencia judicial CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

6. Argumentos de la decisión

6.1. De las Empresas de Servicios Temporales y su utilización.

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

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

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



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

Es de precisar, que si la EST contrata sin autorización previa del Ministerio del Trabajo o excediendo los casos autorizados por la ley, se desnaturaliza la condición de empleador aparente, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de noviembre de 2016, radicado No. 47977 al precisar que la EST irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad : *“En relación con el tema, esta Sala en sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997, rad. 9435, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2006, rad. 25717, indicó: Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.*

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad del la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación.”

En este orden de ideas, no es posible a través de esta figura superar el término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, lo que generaría una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, bajo el entendido, que, vencido el año, el trabajador pasa a ser empleado directo de la empresa usuaria.

Igualmente, se considera contratación fraudulenta cuando recae sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, es decir cuando la labor contratada no es ocasional, ni accidental o transitoria, ni para atender incrementos de producción, ni para reemplazar a personal permanente que este de vacaciones, uso de licencia, o en incapacidad por enfermedad o maternidad. Si se dan las anteriores circunstancias, el trabajador



pasa a ser empleado de la empresa usuaria desde el mismo momento de la contratación fraudulenta, y no al vencimiento del año.

6.2 Contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta que el a quo, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACIFICO LTDA., al considerar que los contratos suscritos por la demandante y la EST, fue con el objeto de cubrir incrementos en la producción de la empresa usuaria, y no superaron el término establecido en las disposiciones legales. Así pues, esta corporación estudiará la modalidad contractual que sostuvo la actora en aras de resolver la pretensión principal.

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

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

7. Caso concreto

De conformidad con el problema jurídico planteado, la Sala considera que no es del caso analizar los elementos estructurales de toda relación de trabajo, como quiera que no es materia de discusión que la demandante fue contratada como trabajadora en misión por la EST Solaservis S.A., para prestar sus servicios en la usuaria Clínica Santa Sofía del Pacífico LTDA., pagándosele el salario pactado, las prestaciones sociales y la seguridad social.



Así las cosas, corresponde a esta Corporación únicamente analizar si la EST Solaservis S.A.S., como empresa de servicios temporales, realizó su labor dentro de las actividades enmarcadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y si la misma se encontraba con permiso del Ministerio del Trabajo para funcionar.

Descendiendo al caso objeto de estudio, a folio 110 a 113, se halla el certificado de existencia y representación de la EST Solaservis SAS, donde se verifica que la misma tiene como objeto la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por persona naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de ésta el carácter de empleador.

A folios 202 al 205, se encuentra el contrato de trabajo por el término que dure la realización de la obra o labor determinada suscrita entre la demandante y la EST Solaservis S.A.S., el cual tienen por objeto desempeñar las funciones inherentes al cargo que le sea asignado de conformidad con el contrato que tiene el empleador con la empresa usuaria, para desarrollar temporalmente las actividades contenidas en el objeto, sin especificar el tiempo o las funciones a desarrollar.

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

Una vez revisada las pruebas documentales al escuchar el audio de la audiencia reglada por el artículo 80 del CPTSS, se advierte que el ad quo, ante la inasistencia de la parte actora y su apoderado judicial a la diligencia, impuso las consecuencias procesales del artículo 205 del C.G.P., teniendo como ciertos los hechos susceptibles de confección contenidos en la demandada y las excepciones propuestas en las respuestas dadas al escrito primigenio.

Inicialmente se analizó la contestación de la Clínica Santa Sofía del Pacífico Ltda., teniendo como ciertos la respuesta a los hechos 5, 6, 9, 12, 14, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, y 33. Asimismo, se presumieron como ciertos los hechos 2, 8, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32 y 33, para la EST SOLASERVIS S.A.S.



Así las cosas, se tuvo por cierto que la vinculación de la demandante tuvo como objetivo cubrir una necesidad temporal de la empresa usuaria, concretamente el incremento en la prestación de servicios de la empresa usuaria, constatando la Sala que la vinculación no superó el año, sin que la parte demandante haya traído prueba alguna al proceso para desvirtuar la presunción, razón por la cual lo acreditado en el proceso es el vínculo laboral de la demandante con la EST SOLASERVIS S.A.S.

7.1. Factores que constituyen salario.

En el caso bajo estudio, se pretende la reliquidación de las prestaciones sociales de la actora pagadas por la EST SOLASERVIS S.A.S., al considerar que no se tuvo en cuenta el valor que mes a mes, percibía la demandante por auxilio de transporte y auxilio de alimentación, pues dicha remuneración era percibida de manera permanente y habitual, por lo que, encaja dentro de los elementos integrantes de salario contemplados en el Art. 127 del CST.

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

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

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

- a) Prestaciones Sociales
- b) Lo que el recibe el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio o enriquecimiento propio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones



- c) Sumas ocasionales y que por mera liberalidad se cancelan al trabajador como primas, bonificaciones.
- d) Beneficios habituales u ocasionales convencionales o contractuales otorgados en forma extralegal al trabajador, cuando las partes dispongan expresamente que no constituyen salario como las primas extralegales de navidad, vacaciones, servicios, alimentación, habitación, o vestuario.
- e) Los suministros en especie, siempre que las partes acuerden que no constituyen salario y no afecte el salario mínimo.

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

De folio 202 a 205 del expediente se encuentra el "*CONTRATO DE TRABAJO POR EL TÉRMINO QUE DURE LA REALIZACIÓN DE LA OBRA O LABOR DETERMINADA*", dentro del cual se establecieron los no constitutivos de salario. Especificándose como auxilio extralegal de transporte por valor de \$75.000, y como auxilio extralegal de alimentación la suma de \$75.000.

De folio 206 a 212 de las diligencias, se hallan los comprobantes de nómina de la demandante por el periodo comprendido entre el 11/07/2016 al 15/05/2017, donde la EST Solaservis S.A.S., le pagó a la demandante auxilio extralegal de alimentos por valor de \$75.000, y como auxilio extralegal de transporte la suma de \$75.000. Igualmente, obra presunción de certeza de los hechos contenidos en la contestación de la demanda por inasistencia de la parte demandante a rendir interrogatorio de parte, en virtud de la cual se tuvo por cierto que el valor recibido con ocasión del pacto extrasalarial no retribuía directamente el servicio.

Ahora, del material probatorio detallado en precedencia se desprenden las siguientes conclusiones: i.) Que de manera específica dentro del contrato No. 201-7038, se pactó de manera voluntaria los auxilios que no eran constitutivos de salario, excluyéndose como factor salarial el auxilio extralegal de alimentación por valor de \$75.000 y el auxilio extralegal de transporte por valor de \$ 75.000; ii.) Que dicha estipulación, en principio está llamada a producir los efectos jurídicos deseados, pues tal cual lo estableció la Sala Laboral de la Corte Suprema, en sentencia con radicación n.º 63988 del 16 de mayo de 2018, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se estableció que para que dichos



acuerdos tengan efectos se tendrán que estipular de manera concreta precisándose: *“es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo.”* y iii.) Que lo efectivamente pagado a la demandante, como se puede observar en los desprendibles de nóminas de pago, fue el auxilio de alimentación por la suma de \$75.000 y como auxilio de transporte la suma de \$75.000, sumas que fueron pagadas mensualmente y de forma ininterrumpida, mientras perduró la relación laboral.

Al analizar la prueba, y la presunción de certeza que operó en contra de la demandante, se llega a la conclusión que los auxilios de transporte y alimentación no retribuían directamente los servicios prestados por la demandante en favor de la IPS demandada como trabajadora enviada en misión por la EST SOLASERVIS S.A.S. Igualmente, se constató que el pacto extra salarial se hizo desde el momento en que se suscribió el contrato(ff.202-205), por lo que se trató de una estipulación expresa, clara y precisa, en la que se establecieron los rubros cobijados en él y que está llamado a producir efectos.

Debiéndose resaltar en este punto, que en procesos contra las mismas demandadas, la Sala les ha dado el carácter salarial a los valores incluidos en el pacto de exclusión, porque en el expediente quedó debidamente acreditado que el empleado venía recibiendo un determinado ingreso siendo contratado directamente por la Clínica, y luego al ser contratado para el mismo servicio a través de la temporal, se incluyó un pacto no salarial, evidenciándose el carácter retributivo del pacto, situación que no se acreditó en el presente asunto.

En este orden de ideas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, como quiera que no existe ningún valor a pagar a favor de la demandante.

7.2. Horas extras y trabajo suplementario.

En cuanto a las pretensiones del pago de horas extras, recargos nocturnos y trabajo suplementario, es necesario aclarar, que repetida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la prueba para demostrar el



trabajo suplementario debe ser clara y precisa, y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir el número de horas trabajadas.

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

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

En el caso en particular, el ad quo, impuso las consecuencias procesales por la inasistencia a la audiencia a la que estaba llamada a rendir declaración de parte, teniendo como resultado que se tengan como cierta la respuesta al hecho vigésimo tercero en lo que respecta al pago de las horas canceladas a la demandante durante el término de la relación laboral.

Debiéndose resaltar, que es carga probatoria de la parte demandante establecer de manera diáfana el trabajo suplementario y las horas extras trabajadas trabajados por la accionante, y esta carga no se asume con la sola manifestación en la demanda de las horas trabajadas por la accionante, si no como fue establecido en precedencia, estas deben ser soportadas de tal manera: *“que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”.*



7.3. Pago de las indemnizaciones del artículo 65 del CST, como a la indemnización por la no consignación de las cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Sobre el pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST y la indemnización por la no consignación de las cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cabe recordar que la procedencia de tales pretensiones dependía de la procedencia del pago de horas extras y trabajo suplementario insolutas. En este orden de ideas al negarse su pago, la misma suerte corren las indemnizaciones aquí solicitadas.

Ahora bien, con respecto a la sanción moratoria del párrafo 1 del artículo 65 del CST, por la no remisión de comprobantes de pago de seguridad social y de parafiscalidades, a la terminación de la relación laboral, se debe aclarar que conforme lo ha expuesto la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL516-2013, citada en sentencia SL12041-2016 del 27 de julio 2016, la norma consagra una consecuencia adversa para el empleador incumplido en el pago de las respectivas cotizaciones, a favor del trabajador, en virtud de la relación laboral que los liga y de la cual se derivan las obligaciones de cotizar que, justamente, constituyen el objeto de protección de la norma.

En el sub lite, se consta de folio 222 a 224 del expediente, que dentro del periodo comprendido entre 11 de julio de 2016 al 15 de mayo de 2017, tiempo en que se sostuvo la relación laboral, se le pagaron a la demandante los aportes a la seguridad social, como las parafiscalidades, razón por la cual se confirmará la decisión proferida en primera instancia.

COSTAS

Para culminar, esta colegiatura no impondrá el pago de costas en esta instancia, toda vez que el asunto se conoció en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Buenaventura -Valle del Cauca-, dentro del proceso ordinario presentado por la señora **MAYRA ALEJANDRA ANGULO ESPINOSA** contra la **CLÍNICA SANTA SOFÍA DEL PACÍFICO LTDA** y **solidariamente contra la EST SOLASERVIS S.A.S.**

SEGUNDO: **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente

MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrada
En licencia por luto

Firmado Por:



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

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

Código de verificación:

**7fdd947710734b6004328e09f54769e4c6e99d74b88396f8169e7ac6454
b1f0c**

Documento generado en 24/11/2020 06:03:26 p.m.

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



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
MAGISTRADA PONENTE**

**AUTO INTERLOCUTORIO
APROBADA EN ACTA NO. 29**

Guadalajara de Buga, veinticuatro (24) de noviembre dos mil veinte (2020)

**Ref.: Apelación Auto proferido en Proceso Ejecutivo Laboral promovido por la JUSTINO GARZON CARDENAS en contra de la UGPP
RAD. 76-109-31-05-002-2013-00094-02**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto que resuelve la excepción de pago y cobro de lo no debido, providencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, Valle en la audiencia celebrada el 18 de febrero de 2020.

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

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda y las excepciones

El señor JUSTINO GARZON CARDENAS, presentó proceso ejecutivo laboral pretendiendo se libraría mandamiento de pago contra la UGPP, para obtener el pago de las condenas basadas en las decisiones proferidas dentro del trámite ordinario. El Juzgado de instancia a través de auto interlocutorio No. 007 del 22 de enero de 2019, resolvió librar mandamiento de pago, al considerar que las sentencias que contemplan la condena impuesta reúnen los requisitos del título ejecutivo.

La entidad ejecutada una vez notificada, presentó como medio exceptivo el siguiente: pago y cobro de lo no debido, argumentando que mediante Resolución RDP 019388 del 18 de marzo de 2016 la UGPP dio cumplimiento al fallo judicial de fecha 25 de agosto de 2016 proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Buga ordenando el pago de a favor del señor JUSTINO GARZON CARDENAS de la suma de \$572.655.309 por concepto de retroactivo pensional causado desde el 16 de septiembre de 1996 hasta el 30 de marzo de 2014.

De igual manera agregó que el artículo 6 del acto administrativo referido se ordenó el gasto y pago de la suma de \$28.632.765 por concepto de costas procesales y/o agencias en derecho.



2. Decisión de primera instancia

El Juez de primera instancia, mediante auto del 18 de febrero de 2020, declaró no probada la excepción de pago, consideró que si bien el apoderado de la parte ejecutada afirmó en su escrito que acompaña el acto administrativo del año 2016, lo cierto es que al revisar el expediente dentro del mismo no se vislumbra dicho documento, si en gracia de discusión y en el hipotético caso que ciertamente se encuentre ordenado el pago de las costas procesales y agencias en derecho al ejecutante más las condenas solicitadas por el señor Justino Cárdenas, a pesar de estar el pago ordenado el pago, debe hacerse de forma real y efectiva para que dicho acto administrativo no se convierta en una expectativa para la persona a la cual fue condenado el pago referido.

3. El recurso de apelación

El apoderado judicial de la demandada reiteró que la sentencia que sirve de título ejecutivo o base de recaudo ya se encuentra satisfecha mediante Resolución del 18 de mayo de 2016 por el cual se dio cumplimiento al fallo judicial de fecha 25 de agosto proferido por el Tribunal Superior de Buga Sala Laboral obteniendo el pago total de 572.655.309 más el retroactivo pensional causado del 16 de septiembre del año 1996 hasta el 30 de marzo de 2014. De igual modo el artículo 6 del acto administrativo mencionado se ordenó el pago de la suma de \$28.63.675 por concepto de costas y agencias en derecho; manifestó que en el caso del demandante, en la resolución del 18 de marzo 2016, y las subsiguientes, donde habla que se hace la consignación en Bancolombia y al final hace una liquidación del monto correspondiente.

4. Trámite de segunda instancia.

Admitido el recurso de apelación, en aplicación de Decreto Legislativo 806 se corrió traslado para presentar alegatos de segunda instancia, sin embargo, a pesar de haberse notificado por estado la providencia referida la parte ejecutante guardó silencio.

Por su parte la apoderada judicial que defiende los intereses de la entidad llamada a juicio solicitó revocar la decisión de primera instancia y en su lugar absolver a la entidad demandada.

Señaló que mediante Resolución RDP 019388 del 18 de mayo de 2016, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP, dio cumplimiento al fallo judicial de fecha 25 de agosto de 2016 proferido por TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA-SALA LABORAL, ordenando el pago a favor del señor JUSTINO GARZON CARDENAS de la suma de \$572.655.309 por el retroactivo pensional causado desde el 16 de septiembre del año 1996 hasta el 30 de marzo de 2014.

De igual modo refirió que en el artículo sexto del acto administrativo mencionado se



ordenó el gasto y pago de la suma de \$28.632.765 por concepto de las costas procesales y/o agencias en derecho.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

La competencia del *ad quem* en materia del recurso de apelación, la atribuye directamente el recurrente al determinar los aspectos que no comparte de la providencia impugnada, correspondiéndole al censor sustentar su inconformidad de manera que resulte clara y delimitada para la segunda instancia, la temática objeto de análisis.

Igualmente, precisa la Sala que la determinación objeto de apelación admite ser recurrida por esta vía, tal como lo regula el numeral 8o de art. 65 del C.P.T y S.S, subrogado por el art. 29 de la Ley 712 de 2001. Por consiguiente, la Sala encuentra revestida de la competencia para examinar en segunda instancia el auto censurado.

2. Problema Jurídico

Estriba el problema jurídico a resolver por esta Colegiatura en determinar, ¿Si se logró demostrar que la UGPP canceló las condenas impuestas para que prospere la excepción de pago?

3. Tesis

La Sala Tercera de Decisión de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, confirmará la decisión recurrida al considerar que la parte ejecutada aún no ha efectuado el pago de las costas procesales y/o agencias en derecho.

4. Argumentos de la decisión

i) Demanda Ejecutiva

Es preciso explicar que la demanda ejecutiva, exige para su presentación la presencia de una obligación que no ofrezca incertidumbre ni controversia alguna en cuanto a su existencia, en consideración a que el trámite ejecutivo se desarrolla con el objeto único y exclusivo de obtener el cumplimiento de una obligación, que debe encontrarse reconocida, sin que requiera del agotamiento de un procedimiento previo para ser declarada.

Al amparo de esta conceptualización, se comprende que los soportes que se anexan a una demanda ejecutiva constituyen plena prueba de la deuda a saldarse, resultando menester que ellos demuestren de manera cierta y contundente la configuración de un crédito que ha de ser asumido y pagado.

Al ser formulada una demanda ejecutiva, corresponde al juzgado de instancia



evaluar primeramente si convergen los requisitos generales que ha de cumplir toda demanda, lo que conducirá a que se autorice su trámite en caso de que esos condicionamientos se avisten reunidos, o por el contrario la devolución de aquella, si alguno se observa ausente, debiendo analizar a continuación, si confluyeron las exigencias que permiten buscar el pago de lo debido por la vía judicial, o sea que la obligación sea clara, expresa y actualmente exigible.

En materia laboral el tipo de obligaciones que pueden ser perseguidas coercitivamente son las señaladas en el artículo 100 del C.P.T y S.S., que reza:

“Será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral firme.

Cuando de fallos judiciales o laudos arbitrales se desprendan obligaciones distintas de las de entregar sumas de dinero, la parte interesada podrá pedir su cumplimiento por la vía ejecutiva de que trata este Capítulo, ajustándose en lo posible a la forma prescrita en los artículos 987 y siguientes del Código Judicial, según sea el caso.”

5. Caso concreto.

Descendiendo al caso objeto de estudio, constata la Sala que el apoderado judicial que defiende los intereses del demandante, el señor JUSTINO GARZON CARDENAS solicitó que se libre mandamiento de pago por la suma de \$28.632.765 correspondiente a las costas procesales y agencias en derecho.

La entidad ejecutada luego de correrle traslado del mandamiento de pago propuso la excepción de pago y cobro de lo no debido sosteniendo que mediante Resolución RDP 019388 del 18 de mayo de 2016, dio cumplimiento al fallo judicial de fecha 25 de agosto de 2016 proferida por la segunda instancia, así mismo, refirió que en el artículo sexto del acto administrativo se ordenó el pago de la suma de \$28.632.765 por concepto de las costas procesales y agencias en derecho; el juez de primera instancia al resolver las excepciones declaró no probadas, inconforme con la decisión referida el apoderado judicial de la entidad interpuso recurso de apelación.

Encontrándose dentro del trámite de esta instancia judicial mediante auto de fecha 21 de septiembre de 2020 se procedió a oficiar a la entidad con el fin de constatar si ha realizado el pago de las costas procesales y agencias en derecho al ejecutante, al no haberse recibido respuesta por la entidad se procedió a requerir por segunda vez mediante providencia del 12 de noviembre del año que avanza; luego de notificada de dicha providencia la llamada a juicio dio respuesta exponiendo que la Subdirección Financiera manifestó que le fue reportado el pago de la suma de \$28.632.765 por concepto de costas, las cuales fueron ordenadas en el mandamiento de pago, no obstante, no se ha efectuado la ordenación del gasto y pago de estas por derecho al turno.



Lo anterior, evidencia que, en efecto la entidad ejecutada aún no ha efectuado el pago de las costas y las agencias en derecho al actor y si bien insiste que mediante Resolución RDP 019388 del 18 de mayo de 2016 ordenó el pago de las mismas dicho argumento no es suficiente atendiendo que para proceder a declarar probada las excepciones propuestas es necesario que se haya realizado de manera efectiva el pago del valor adeudado.

Por tanto, se concluye que no está llamada a prosperar la excepción de pago, asistiéndole razón al juez de primera instancia, por lo que se procederá a CONFIRMAR el proveído censurado por las razones expuesta.

COSTAS

Se condenará en costas en esta instancia, a la parte ejecutada al ser desfavorable el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial.

DECISIÓN:

Por las razones sustentadas el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA**, en **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión adoptada en auto del 18 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Buenaventura, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte apelante. Se señalan como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo mensual legal vigente para la fecha de ejecutoria de la presente decisión.

TERCERO.- En firme la presente providencia devuélvase las actuaciones a los juzgados de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA PATRICIA RUANO BOLAÑOS
Magistrada Ponente



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Magistrada

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado
En licencia por luto

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:
3861fd8160ec1e9462c935e3648f03f3e8a456b51fbf8d83ce9c67c7ef3d9378

Documento generado en 24/11/2020 06:06:36 p.m.

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