

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



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

*Referencia: Apelación de sentencia proferida en proceso ordinario de ROBERT ANDRÉS AGUIRRE GÓMEZ contra PABLO ANDRÉS SALAZAR VALENCIA.
RADICACIÓN: 76-622-31-05-001-2016-00108-01*

A los siete (07) días del mes de febrero del año 2022, se congrega la Sala Cuarta de Decisión Laboral, con el objeto de dictar sentencia escrita que resuelva el recurso de apelación que procede frente a la sentencia de primera instancia, conforme a lo reglado en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de junio de 2020.

**SENTENCIA No. 009
Aprobada en acta virtual No. 005**

ANTECEDENTES

Demanda y respuesta

El señor ROBERT ANDRÉS AGUIRRE GÓMEZ, actuando en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad ÓAAM y CDMG, demandó a través de apoderado judicial al señor PABLO ANDRÉS SALAZAR VALENCIA, con el fin de obtener declaración que dé cuenta que la señora CRISTINA MORALES GIRALDO (Q.E.P.D.) prestó servicios laborales a favor del llamado a juicio y, en consecuencia, se acceda a las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Que se declare que entre la fallecida **CRISTINA MORALES GIRALDO** y el señor **PABLO ANDRES SALAZAR VALENCIA** como dueño de **GRUPO INTERCELL** se configuro una relación laboral y que suyo fue un **CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO** al tenor de los hechos narrados y pruebas aportadas.

SEGUNDA: Que se declare que la señora **CRISTINA MORALES GIRALDO (Q.E.P.D)**, gozaba hasta el momento de su fallecimiento de los derechos con que cuenta normalmente un trabajador según lo estipulado en la normativa colombiana y que estos no le fueron reconocidos en el tiempo en que prestó sus servicios a la mencionada empresa **INTERCELL** y al señor **PABLO ANDRES SALAZAR** como dueño y representante legal

TERCERA: Que declare que el **CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO** que terminó por muerte de la empleada es válido y que en consecuencia se condene al señor **PABLO ANDRES SALAZAR VALENCIA** y solidariamente al **GRUPO INTERCELL** a pagar a favor de mi mandante e hijos todos los rubros correspondientes a las prestaciones sociales que contempla la ley.

CUARTA: Que se condene a los demandados a pagar todos los aportes a fondo de pensiones a cargo del empleador correspondiente al 12% del salario mínimo legal mensual vigente (decreto 4982 de 2007) por valor, durante los años laborados, de cinco millones setecientos ocho mil doscientos treinta y dos pesos **(\$5.708.232)** y en su defecto a que haya lugar se ordene el

pago de la pensión de sobreviviente a favor de los hijos menores de la causante q.e.p.d a partir del día siguiente del fallecimiento del causante, en la cuantía no inferior al salario mínimo que establece la ley, de conformidad con la base de cotización y las disposiciones legales sobre la materia. Más las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

QUINTA: Que se condene a los demandados a pagar un día de salario por cada uno que se demore en el pago o consignación de las deudas laborales de conformidad con lo preceptuado en el art 65 del CST mod. Art. 29 de la ley 789 de 2012 sanción por mora que debe ser liquidada sobre la base de un salario mínimo legal mensual más la indemnización contemplada en la Ley 361 de 1997.

SEXTA: Que se condene a los demandados a pagar a favor de mi cliente el concepto denominado auxilio a las cesantías ello al tenor de lo contemplado en el art 249 del CST producto de haber laborado al servicio de la traída a juicio y no haber hecho su pago. Las cesantías por el tiempo laborado ascienden a la suma aproximada de tres millones novecientos sesenta y cuatro mil cincuenta pesos **(\$3.964.050)**

SEPTIMA: De conformidad al numeral 2 del art 99 de la ley 50 en concordancia con lo mandado en el numeral 1 del art 1 de la ley 52 de 1975 los demandados debieron pagar los intereses a las cesantías liquidados a razón del 12% anual o proporcional por fracción, por tanto condénese al pago de intereses a las cesantías por un valor aproximado de cuatrocientos setenta y cinco mil seiscientos ochenta y seis **(\$475.686)**

OCTAVA: Por no pagar los intereses a las cesantías dentro del término legal, se condene al pago de Sanción por no pago de los intereses a las cesantías, la cual equivale al doble de su valor, conforme lo preceptúa el numeral 3º del artículo 1º de la Ley 52 de 1.975.

NOVENA: Que se condene a los demandados al pago de la prima de servicios según lo preceptuado en el Art. 306 C.S.T que durante el tiempo laborado asciende a la suma aproximada de siete millones novecientos veintiocho mil cien pesos (**\$7.928.100**)

DECIMA: Que se condene a los demandados **PABLO ANDRES SALAZAR VALENCIA** y solidariamente al **GRUPO INTERCELL** al pago de lo correspondiente a dotación según lo preceptúa el artículo 7 de la Ley 11 de 1984.

DECIMO PRIMERO: Que el señor juez, reconozca todo derecho laboral causado y no pedido en ejercicio de la facultad de fallar extra y ultra petita otorgada por la Ley.

DECIMO SEGUNDO: Que de oponerse el demandado se le condene a pagar las costas del proceso y los gastos que genere el mismo.

DECIMO TERCERO: LIQUIDACIÓN FINAL E INDEXACIÓN MORATORIA: Que el señor Juez condene al demandado a pagar todas y cada una de las antedichas sumas aplicándole la indexación legal a que haya lugar.

Los hechos en que se fundamentó el escrito inicial son del siguiente tenor literal:

1. La señora **CRISTINA MORALES GIRALDO (Q.E.P.D)** trabajo bajo las órdenes del señor **PABLO ANDRES SALAZAR VALENCIA** y **GRUPO INTERCELL** siendo la misma persona como dueño del establecimiento desde el mes de agosto del año 2009 hasta el año 2015.

2. La señora **CRISTINA MORALES GIRALDO (Q.E.P.D)** fue contratada como empleada laboral para prestar sus servicios en **GRUPO INTERCELL**, ubicada en la calle 12 No. 10-58 del municipio de La unión valle del cauca, desempeñándose como coordinadora de activaciones sobre unión elite comunicaciones nortecom, intercell comunicaciones, comunicaciones del valle (agentes comerciales de Movistar y Comcel).

3. Algunas de las funciones que desempeñaba la señora **CRISTINA MORALES GIRALDO (Q.E.P.D)** consistían en: descarga de cartera, revisar portal de información CLARO, validar vencimientos de equipos pos pago, organizar archivos de conversiones, recibir inventario físico de sim cards, enviar informes de pedidos, dar informes vía mail, impresos y verbales a gerencia, entre otros.

4. Los días de trabajo para el desempeño de las funciones de la difunta **CRISTINA MORALES GIRALDO** se cumplían de lunes a viernes desde las 8 a.m. a 12:30 p.m. y de 2 p.m. a 6 p.m. y los días sábados desde las 9 a.m. hasta

las 2 p.m. con una asignación mensual por valor de un salario mínimo legal mensual vigente.

5. La señora **CRISTINA MORALES GIRALDO** presto también apoyo en los distribuidores Claro, bajo las órdenes de **PABLO ANDRES SALAZAR VALENCIA**, lo cual la obligaba a desplazarse constantemente entre Pereira, Manizales, Villavicencio, Fusagasugá y Bogotá para coordinar labores correspondientes a inventario y pedidos.

6. En el tiempo en que la señora **CRISTINA MORALES GIRALDO (Q.E.P.D)** desempeño labores dentro del **GRUPO INTERCELL** no se le reconocía ningún tipo de prestación social que por ley tenía derecho a percibir.

7. La difunta esposa de mi poderdante en su condición de trabajadora cumplió cabal y fielmente las funciones y tareas que le fueron encomendadas, con un alto grado de responsabilidad, confiabilidad y celeridad; acató y cumplió las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartían sus superiores, conservando cuidadosamente el inventario de los bienes y útiles que se le confiaron y facilitaron para el desempeño de sus funciones.

8. En el año 2015 **CRISTINA MORALES GIRALDO** fue diagnosticada con un TUMOR MALIGNO DEL COLON TRANSVERSO que en ese mismo año acabo con su vida.

Admitida la demanda, por auto del 7 de septiembre de 2016, se dio en traslado al llamado a juicio, quien se notificó personalmente del contenido del auto admisorio, dando respuesta al escrito primigenio, con oposición a las pretensiones en los siguientes términos:

1. AL HECHO PRIMERO: NO ES CIERTO, la señora CRISTINA MORALES GIRALDO, ha trabajado en varios espacios de tiempo desde octubre del 2.009
2. AL HECHO SEGUNDO: ES CIERTO en cuanto ha prestado servicios varios en INTERCELL, en el municipio de La Unión Valle, desconozco frente a otros establecimientos de comercio.
3. AL HECHO TERCERO: ES CIERTO.
4. AL HECHO CUARTO: NO ES CIERTO, ya que el horario de trabajo de labores normales corresponde de lunes a viernes de 8:00 am a 12:00 m y de 2:00 pm a 6:00 pm, los días sábados de 9:00 a 12:00 m., ES CIERTO en cuanto a que su contraprestación económica correspondía al SMMLV
5. AL HECHO QUINTO: NO ES CIERTO, ya que el demandado NO tiene

sucursales ni empresas en otras ciudades.

6. AL HECHO SEXTO: NO ES CIERTO, la señora CRISTINA MORALES GIRALDO, recibió préstamos sobre las liquidaciones para compra de moto la suma de tres millones trescientos ochenta y siete mil pesos m/cte. (\$3.387.000) y arreglo de casa la suma de cuatro millones seiscientos cincuenta mil pesos m/cte. (\$4.650.000), además de liquidaciones varias por valor de un millón ochocientos ochenta y siete mil pesos m/cte. (\$1.887.000)
7. AL HECHO SEPTIMO: ES CIERTO
8. AL HECHO OCTAVO: ES CIERTO.

En la respuesta referida, el demandado expuso como sustento de defensa:

La señora CRISTINA MORALES GIRALDO, presto servicios hasta el 15 de agosto de 2015, fecha en la cual presento la renuncia; posterior a esa fecha acordó con el demandante una labor por comisión en donde ella manejaba su tiempo debido a los inconvenientes de salud que venía presentando; de igual forma es importante tener en cuenta que hizo uso del periodo vacacional anual al que tenía derecho, y se le cancelo anualmente la prima correspondiente.

Ante las circunstancias descritas de las cuales aportare las correspondientes pruebas documentales y testimoniales, me permito solicitarle que se haga una liquidación sobre los hechos ciertos y no sobre meras especulaciones como las que se basa la demanda.

De igual manera le solicito que con dicha liquidación se ordene la constitución de una fiducia en favor de los menores hijos de la señora CRISTINA MORALES GIRALDO, como fue su voluntad manifiesta en vida.

No se presentaron excepciones al responder la demanda.

Por auto del 13 de octubre de 2016, se tuvo por no contestada la demanda por extemporanea.

En diligencia reglada por el artículo 77 del CPT y de la SS., llevada a cabo el 24 de abril de 2018, en la etapa de fijación del litigio se dispuso el mismo, así:

Ante la no contestación de la demanda, recae sobre la parte actora la carga de la prueba de demostrar la prestación efectiva del servicio, los extremos del contrato que se enuncia en la demanda, e igualmente las funciones y el horario que cumplía la fallecida señora Cristina Morales Giraldo, según se afirma en la demanda a favor del señor Pablo Andrés Salazar Valencia. En caso de que se llegue a demostrar la prestación efectiva del servicio, los extremos de la vinculación, y el salario, el Despacho procederá entonces al examen de las pretensiones de la demanda, y a la cuantificación de las mismas, ese será el objeto de la presente controversia.

Celebrada la audiencia de trámite y juzgamiento el 12 de noviembre de 2020, luego de practicadas las pruebas, se profirió la sentencia No. 019, en la que resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la causante CRISTINA MORALES GIRALDO (Q.E.P.D.) estuvo atada merced a un contrato de trabajo a término indefinido con el señor PABLO ANDRÉS SALAZAR VALENCIA entre 1º de agosto de 2009 y el 27 de diciembre de 2015, lapso durante el cual no recibió pago alguno por concepto de prestaciones sociales ni fue afiliada a un fondo de pensiones, tal como se dejó consignado en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR al señor PABLO ANDRÉS SALAZAR VALENCIA a pagar a los demandantes ROBERT ANDRÉS AGUIRRE GÓMEZ, quien actúa en nombre propio y en el de los menores ÓSCAR ANDRÉS AGUIRRE MORALES y CARLOS DANIEL MORALES GIRALDO, las siguientes sumas de dinero:

- \$3'670.706,00 por concepto de CESANTÍAS.
- \$422.303,00 por concepto de INTERESES A LAS CESANTÍAS.
- \$422.303,00 por concepto de SANCIÓN POR EL NO PAGO DE INTERESES A LAS CESANTÍAS.
- \$3'670.706,00 por concepto de PRIMA DE SERVICIOS.
- \$2.064.605,00 por concepto de COMPENSACIÓN DINERARIA DE LAS VACACIONES.

TERCERO: CONDENAR al señor PABLO ANDRÉS SALAZAR VALENCIA a afiliarse a la causante CRISTINA MORALES GIRALDO (Q.E.P.D.), identificada con la C.C. 66'752.643, y a pagar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones ante la Administradora de Pensiones que elijan los actores, por los periodos comprendidos entre el 1º de agosto de 2009 y el 27 de diciembre de 2015, teniendo en cuenta para ello el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad y el cálculo actuarial respectivo, para lo cual los demandantes deberán manifestar dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión en qué fondo desea que se realicen tales aportaciones, de no hacerlo el demandado optará por cumplir dicha obligación en el fondo que él elija, conforme se explicó en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ABSOLVER al señor PABLO ANDRÉS SALAZAR VALENCIA frente a todas las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del señor ROBERT ANDRÉS AGUIRRE GÓMEZ, quien actúa en nombre propio y en el de los menores ÓSCAR ANDRÉS AGUIRRE MORALES y CARLOS DANIEL MORALES GIRALDO, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS al señor PABLO ANDRÉS SALAZAR VALENCIA. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia y a favor de los demandantes la suma de \$3'000.000,00.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS LAS TACHAS DE SOSPECHA formuladas frente a los testigos GLORIA ELIZABETH GÓMEZ SUÁREZ Y DIANA MARCELA AGUIRRE MUÑOZ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

NOTIFICACION EN ESTRADOS, por su pronunciamiento oral.

Para decidir de dicha manera, el *a quo* consideró ocuparse de varios problemas jurídicos, como la existencia del contrato de trabajo que se anuncia en la demanda, sus extremos temporales y salario, para dar paso a las consideraciones relativas a los posibles derechos que tienen los demandantes en cuanto a salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones reclamadas, dando si es del caso, aplicación de la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así, la primera instancia inició por referir lo que estimó pertinente sobre el contrato de trabajo laboral, de conformidad con los artículos 23 y 24 del estatuto sustantivo del trabajo, pasando a analizar las pruebas aportadas.

Dijo el *a quo* que la documentación allegada con la demanda, no prueba vinculación alguna entre las partes, para lo que hizo referencia al certificado de cámara de comercio que obra a folio 10; la historia clínica aportada de folios 11 a 27; y la maternidad de la señora CRISTINA MORALES GIRALDO frente a los menores ÓAM y CDMG, de acuerdo con los documentos de folios 28 y 29; así como que la referida señora CRISTINA, para el 2011 presentó declaración extra juicio en compañía del señor ROBERT ANDRÉS AGUIRRE GÓMEZ, para efectos de afiliación a una EPS.

Aludió también el fallador de instancia, a los documentos aportados por el demandado en audiencia y a las declaraciones recibidas, para concluir la procedencia de la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual no logró ser desvirtuada por el enjuiciado, por lo que impuso condena por las pretensiones solicitadas en el escrito genitor.

Con vista en lo anterior, el *a quo* determinó que no quedó demostrado que el demandado canceló, durante y a la terminación del contrato de trabajo, las prestaciones y demás derechos que se reclaman en la demanda.

En cuanto a la tacha de los testimonios recibidos, dijo el juez instructor que pese a que las señoras Gloria Elizabeth Gómez Suárez y Diana Marcela Aguirre Muñoz; son parientes del demandante, tía y hermana, respectivamente; sus versiones dentro del marco de la sana crítica y de la libre formación de convencimiento, sus dichos sirvieron para fundamentar la decisión condenatoria que se adoptó, razón por la cual había de declararse no probadas dichas tachas.

El apoderado judicial de la parte actora recurrió la providencia reseñada, señalando que **en el punto cuarto de las declaraciones solicitadas al a quo se indicó la necesidad de un fallo ultra y extra petita, por lo que el fallador de primera instancia “debió haber ordenado el pago de la pensión de sobrevivientes a favor de los hijos menores de la causante, en este caso, de CRISTINA MORALES, puesto que en este momento, estamos de cara a un menor de edad y a otro mayor de edad pero que está desempeñando estudios”, en cumplimiento de la Ley “1098 de 2006”, en el entendido que aquellas actuaciones judiciales y administrativas “que se detectaren en favor de un menor, deben prevalecer los derechos del menor y debe ser beneficiosa al menor.”**

Asimismo, expuso que en el punto décimo tercero se pidió que **se emitiera pronunciamiento sobre la liquidación final e indemnización moratoria**, “para que se paguen todas y cada una de esas sumas aplicando la indexación legal a que haya lugar, y sobre ese punto el despacho guardó silencio; de resto, las otras decisiones, este apoderado está conforme.”

En uso de la palabra, el abogado del llamado a juicio expresó que “en uso de la no reformatio in pejus, **para que mi mandante no sea condenado en valores extraordinarios, que no haya dicho o que no se haya tenido en cuenta en este (...), pues es mi deber en ese orden de ideas, presentar recurso de apelación**”.

Así, específicamente, apeló el demandado a fin de que “esa sea la fijación del litigio en segunda instancia”, en el sentido de que *el fallo del a quo frente al cálculo actuarial, no trasgrede la Ley 1098*

de 2006, “en el sentido de que antes, por el contrario, su señoría, está protegiendo el derecho fundamental del menor para que tenga un ingreso, en ese caso, al hacer el cálculo actuarial le correspondería a la Administradora de Pensiones, acceder a la solicitud de la pensión de sobrevivientes, por lo tanto, no es de recibo esa solicitud y muy bien lo determinó el despacho judicial, cuando referenció la sentencia del 28 de junio de 1972, en cuanto a las indemnizaciones moratorias y las demás indemnizaciones que solicitaron, en el sentido de que los hijos de la causante deberían de haber solicitado a través de su padre, en este caso, su representante legal, (...) para el pago de estas indemnizaciones y ahí si se hubiera debido probar esa mala fe; **por lo tanto, la indemnización moratoria no podía ser tomada en cuenta, toda vez que el despacho se ha fundamentado en lo debido, y en cuanto a la pensión de sobrevivientes, ya dije que hay una protección; por lo tanto su señoría yo no dije indemnización moratoria sino indexación moratoria (...)** indexación moratoria hice referencia al punto décimo tercero (...) en ese punto, este apoderado quedó conforme, en cuanto a la indemnización moratoria, le asiste la razón al despacho.”

También expresó éste recurrente, que en caso que se revise la totalidad del asunto por parte de la segunda instancia, deja claro que “**ha sido muy, muy evidente la tacha**, en el sentido, primero que la señora GLORIA sí determinó, o sí estaba siendo direccionada en su momento en el testimonio; que la señora DIANA, con vehemencia lo decía y parecía que tuviera una sevicia en contra de mi mandante, el señor PABLO SALAZAR, por lo que debió ser desechados dichos testimonios (sic); además de ello, ella fue muy clara, la señora DIANA en establecer que UNION

COMUNICACIONES perteneció a ella y perteneció hasta el año 2010, y que en claro está que si ella le vendió al señor PABLO y si se supone que el señor PABLO era el que contrataba, pues CRISTINA también perteneció a UNION COMUNICACIONES y quien debió haber pagado los años 2009 y 2010 fue la señora CRISTINA (sic), pero muy sagazmente lo que hizo fue liquidar la empresa y evadir su responsabilidad.”

Concluye sobre el punto señalando que la tachada propuesta “sí fue determinante”, por lo que “debió haberse desechado ese testimonio.”

Por último, señala que el despacho determinó que en virtud a la presunción del artículo 24 del CST, solo se debía determinar la prestación personal del servicio; pero de acuerdo con el objeto del litigio determinado en acta del 4 de abril de 2018, se determinó que la parte actora debía probar absolutamente todo, como lo es la prestación personal del servicio, los extremos y los demás elementos necesarios para el contrato de trabajo, “cosa que no ocurrió”, pues “lo que ocurrió fue una prestación personal del servicio, pero nunca se pudo establecer a quién; simplemente decían como si estuvieran diseñados los testimonios para decir GRUPO INTERCELL, GRUPO INTERCELL, GRUPO INTERCELL, sin establecer de que habían tres razones sociales con el nombre de GRUPO INTERCELL; en ese orden de ideas, su señoría, nunca se pudo probar que la prestación personal del servicio fue determinada directamente ante el señor PABO SALAZAR; lo que sí pudo ocurrir es que sí se dio la prestación personal del servicio a alguna de esas tres -3- empresas, pero nunca se dilucidó claramente a cuál de esas tres -3- empresas. Además de ello, si revisamos los certificados de existencia y representación legal

adosados como pruebas, podemos ver claramente que dichos certificados, en ninguno aparece el señor PABLO SALAZAR, ni como representante legal; y en las actas de liquidación aparecen los socios, y en ninguna de esas aparece el señor PABLO SALAZAR que haya liquidado como uno de los socios; solamente una empresa que se llama LOGISTIC MANAGER INTERCELL, esa sí pertenece y ahí es donde yo dilucidé que si se podía haber dado la prestación personal del servicio, por lo que era una empresa la que podía (...) y podía haber subordinado, si es que existió, a la señora CRISTINA.”

Insiste en que la apelación la sustenta con la intención de dar aplicación a la *no reformatio in pejus*, para que “**no se condene a mi mandante sobre esos puntos**”.

Llegado el expediente a esta Corporación, se corrió el traslado de que trata el Decreto 806 de 2020, siendo así como la parte actora expuso:

“Por medio de la presente me remito al principio de la NON REFORMATIO IN PEJUS; el cual indica que la segunda instancia no puede ser más gravosa para el apelante, en tal sentido es necesario, que la apelación presentada por mí fue adhesiva a la presentada por el apoderado del demandante, pero que adicional a ello, solicite que no se declarara la existencia de un contrato de trabajo. Para decantar el punto anterior, la Corte ha determinado que, en el caso de no darse el grado jurisdiccional de consulta, pero si la apelación, solo debe ser revisada la apelación en el contexto que ha sido propuesta: SL 689 de 2021: “Pues bien, en cuanto al tema, corresponde recordar que el artículo 69 del CPTSS previó la consulta de las sentencias de primera instancia cuando la providencia sea totalmente adversa al trabajador, beneficiario o afiliado y no sea apelada por éste (inciso 1º) y a favor de las entidades territoriales y aquellas en las que es garante la Nación (inciso 2º), caso en el cual, según

providencia CSJ AL4936-2018, reiterada en CSJ SLSL4536-2019, «basta con que la sentencia del a quo sea condenatoria -siendo indiferente si lo fue total o parcialmente-, e independientemente de que el fallo haya o no sido apelado -frente a todas o algunas de las condenas impuestas-».»

Ahora bien, en caso de ratificación de la sentencia de primera instancia, debo insistir que si se genera un cálculo actuarial sobre los aportes de pensión, no es del resorte de la parte demandada asumir retroactivo pensional, pues en este caso hablamos de un aporte que cubre dichas contingencias, por lo tanto este punto se comparte con el despacho, y solo hasta tanto el fondo de pensiones resuelva lo pertinente se podrá recibir estos dineros en favor del compañero permanente y de sus hijos, como es el pago de la pensión y posterior el rechazo o aceptación del valor del posible retroactivo.

Ahora bien, no se evidencio nulidades procesales, no se evidencio posibles alteraciones o causales de alteración posteriores, y al haberse saneado el proceso y la parte demandante no haberse pronunciado, el asunto se debe zanjar tal y como lo determino el despacho A QUO. En tal sentido, no es posible modificar o alterar las resultas de la primera instancia, por lo que en el peor de los casos, solicitaría se confirme la sentencia de primera instancia, pero si en lo que presente por fuera de la apelación adhesiva solicitaría su revisión como es la siguiente: Se informó por parte del demandante que existía un vínculo laboral entre CRISTINA y mi prohijado porque había evidencia de la prestación personal del servicio, pero los testigos llevados a juicio fueron obtusos dado que no dieron claridad de los horarios, del tipo de vinculación, tampoco conocían quien pagaba los dineros a la señora CRISTINA, es más su compañero permanente no conocía los puntos neurálgicos de la situación que se estaba ventilando en el proceso, a tal punto que solicito 100 millones de pesos por el valor del proceso como conciliación, buscando un aprovechamiento económico de la contraparte, que no estaba decantado, adicional a ello, es claro que mi mandante no pude haber llevado a cabo operaciones con MOVISTAR, CLARO o TIGO, como se informó en la demanda, dado que de estas empresas se dio respuesta indicando que PABLO SALAZAR nunca había tenido relación comercial con ellas, además de ello se le dio

descredito al testimonio extra procesal rendido por la Sra. CLEMENCIA BUENO PADILLA, sin que el despacho haya procedido a su ratificación o debate procesal, por lo que este testimonio debió ser valorado por el juez a quo. Pues así lo decanta la misma norma y la doctrina respecto al capítulo de pruebas que por analogía del 145 del CPT y SS se debía remitir, veamos pues la postura que este servidor sostiene frente a la prueba testimonial sin contra parte. No es cierto como lo manifestó el despacho A QUO y hace una errónea interpretación del artículo 188 del CGP, por cuanto indico que la Sra. CLEMENCIA BUENO PADILLA no puede realizar el testimonio extra procesal, puesto que no fue decretado inicialmente por el despacho, y ahí es donde radica mi reparo, debido a que en el auto que decretaba pruebas permitió que se allegaran las pruebas documentales necesarias para el derecho de contradicción y defensa, lo anterior, como prueba de oficio, las cuales no tiene recurso, en tal sentido para este servidor hubo una errónea interpretación del Art. 188 del CGP, la cual establece tres funcionarios que pueden realizar esta diligencia y además de ello, hacerlo de manera extra procesal sin que ello se óbice de estar mal estructurada, en este caso se acudió al Alcalde de Toro Valle, para realizar dicha prueba, pero como punto neurálgico del cual el despacho AD QUEM se debe pronunciar para unificar criterio en este distrito, es necesario que se analice los siguientes puntos, 'pues la norma en cita no indica que son los únicos por cuanto la misma norma formula el siguiente postulado:

“Artículo 188. Testimonios sin citación de la contraparte: Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo 221.

Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde. A los testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor.”

Para analizar este artículo se debe entender que para el caso concreto; el documento que expresa o contenga la declaración no es el papel, pues el medio magnético también es una prueba documental, solo es revisar el CGP, por lo que debo aclarar y si se revisa los audios allegados en CD al despacho, dejan claridad del día de la diligencia, la hora, la gravedad de juramento y el parentesco de los testigos que declararon, la obligación de ratificar más adelante la declaración entre otros puntos, los cuales si se cumplieron en la declaración, además de ello, si no se solicita la ratificación, aclaración o demás, este testimonio sin citación de la contraparte que se aportó debe ser declarado como esa misma finalidad, y no como una prueba documental, pues revisado el Art. 243 del CGP, aquel determina los siguiente:

“ARTÍCULO 243. DISTINTAS CLASES DE DOCUMENTOS. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, video grabaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.”

Para decantar el presente asunto desde una óptica procesal, frente al segundo inciso de la norma en cita, se dispondrá las reglas doctrinales que hay frente a la materia y se transcribe a partes de la norma que se analizará; segundo inciso Art. 188 CGP:

“Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse...”

Frente a este punto, el Dr. Carlos Colmenares, tratadista reconocido en materia procesal ha indicado en su página de YouTube, algo que es supremamente interesante y que debe ser valorado por este despacho:
<https://www.youtube.com/watch?v=sc9-4YuBT2A&t=48s> ;

“Una importante novedad en materia de testimonios anticipados se encuentra en los artículos 187 y 188 del CGP, porque aquellos

para fines judiciales o no judiciales, incluidos los que están destinados a servir de prueba sumaria, se podrán practicar anticipadamente, ante juez, notario o alcalde, con o sin citación de la contraparte e incluso recibirse directamente por una o ambas partes, sin intervención de juez, notario o alcalde, en un documento que se sujetará en lo pertinente a lo previsto en el artículo 221, dejando expresa constancia que se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento. A estos testimonios rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso se aplicará el artículo 222 sobre ratificación, de tal manera que la parte contra la que se presenten podrá solicitar que el testigo concurra a la audiencia para interrogarlo. Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor. En el texto original del CPC para este tipo de testimonios contenidos en documentos declarativos emanados de terceros la regla general era la ratificación, porque sólo se prescindía de ella cuando las partes lo solicitaban de común acuerdo. Desde el artículo 22 del Decreto 2651 de 1991 se invirtió la regla, que ahora se mantiene en el CGP y por eso los testimonios anticipados recibidos sin citación de la parte contraria, lo mismo que los documentos meramente declarativos de terceros (art. 262 CGP), se pueden apreciar sin ser ratificados; la ratificación es la excepción, necesaria únicamente cuando la parte contra la cual se aducen la solicita de manera expresa. Para ser más claros, en el CPC el silencio de la contraparte obligaba la ratificación, hoy y desde el 2651 de 1991 el silencio de la parte contraria proscribía la ratificación”. (ULISES CANOSAS SUAREZ, Memorias del Congreso del INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL 2012.)

Por lo tanto, debe dársele toda la validez al testimonio de la Sra. Clemencia Padilla, además que ella misma determino en documento que se adjuntó al juzgado que CRISTINA, nunca había sido trabajadora de PABLO SALAZAR.

En cuanto al tercer inciso de la norma en cita, es menester poner de presente los siguientes puntos:

1) Se debe aplicar lo reglamentado en el Art. 222 CGP; y en el caso propio cada uno al iniciar la diligencia de testimonio, como se dejó

plasmado en la grabación se le informo de este punto, para ello transcribo la norma:

ARTÍCULO 222. RATIFICACIÓN DE TESTIMONIOS RECIBIDOS FUERA DEL PROCESO. Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite.

2)Por lo tanto, al no haberse pedido por la contra parte y el despacho A QUO, haberlo solicitado en ratificación, el testimonio se integró en debida forma y debía ser valorado como tal, por ello es necesario apreciar el siguiente extracto de la norma: A los testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor.

Además que los documentos aportados más cuando aún se fundamentaron los elementos del por qué se remita a los alegatos presentados por el apoderado del demandante, en el sentido que no estuvo de acuerdo en cuanto a no pagar el retroactivo pensional que se quería reclamar, y en tal sentido es necesario advertir que el juzgado a quo, determino que se hicieran los aportes al sistema de seguridad social en pensiones al fondo de pensiones de elección de la parte demandante, el cual este servidor está de acuerdo con dicha disposición del despacho primigenio.

De igual manera, es necesario que se revise por parte del despacho AD QUEM, si el interrogatorio de parte es oficioso para el proceso laboral, esto por cuanto el principio de analogía determinado en el Art. 145 del CGP, nos vincula al Art. 372 del CGP, que entre otras cosas indica que se debe realizar el interrogatorio a las partes de manera oficiosa, dicho pedimento se elevó en su momento al despacho A QUO y determino que esto no es cierto, pues el Art. 80 del CPTS, no establecía estos puntos, pero si bien es cierto este artículo no trae consigo dichos elementos, se debe tener en cuenta que la norma más beneficiosa para las partes es la que se debe aplicar o en su defecto la que mejor compagine con la constitución nacional, conforme a ello, el CPTS y el CGP no riñen, por el contrario deben complementarse y no como mal se está haciendo

en algunos despachos judiciales, segregándolos y disponiendo del derecho de defensa en forma casi arbitraria, por ello, es necesario que el tribunal se pronuncie frente a este punto e indique si dicha prueba se debe realizar en segunda instancia o por lo menos se conmine a los despachos laborales a utilizar este recurso procesal.

Por todo ello, existen flagrantes evidencias que no se dio el contrato de trabajo, además que no se determinó los extremos temporales, por ende, no debía haberse condenado al Sr. PABLO SALAZAR y se debe revocar la sentencia de primera instancia.

Por su parte, el demandado, a través de su apoderada judicial, alegó ante esta Sede Judicial, así:

“1.- El señor ROBERT ANDRÉS AGUIRRE GOMEZ, identificado con el número de 'cédula de ciudadanía No. 94.274.072 de La Unión V., en calidad de compañero sentimental de la trabajadora-causante CRISTINA MORALES GIRALDO, en nombre propio y en representación de sus hijos menores OSCAR ANDRÉS AGUIRRE MORALES, éste identificado con RCN con indicativo serial No. 38972809 y NUIP 1112619780, y CARLOS DANIEL MORALES GIRALDO, éste Identificado con RCN con indicativo serial No. 31161639 y NUIP V3T0250667 - documentos aportado al proceso-hijos de la trabajadora-causante, impetró por medio de apoderada judicial demanda laboral en contra del señor PABLO ANDRÉS SALAZAR VALENCIA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.924.164, y solidariamente como único dueño del establecimiento de comercio Grupo Intercell con Nit No. 9924164-8 .

2.- Admitida la demanda, se impulsó el proceso sobre los trámites de Ley, se agotaron las etapas correspondientes, llegándose para el día 12 de noviembre de 2020 la segunda audiencia de trámite y de juzgamiento.

En dicha audiencia el Despacho judicial dictó sentencia No. 019 del 12 de noviembre de 2020.

Para sustentar la parte motiva de la decisión antes anotada, el sentenciador de primera instancia realizó un recuento de la demanda, señalando que el señor Robert Andrés Aguirre Gómez, actuaba en nombre propio y en representación de sus hijos menores Oscar Andrés Aguirre Morales, y Carlos Daniel Morales Giralda.

Es importante acá resaltar tal como se aportó al proceso, declaración extra juicio notarial del 22 de julio de 2011 de la Notaria Única de La Unión Valle, el señor Robert Andrés Aguirre Gómez, era el compañero permanente de la trabajadora - fallecida Cristina Morales Giralda, e igualmente como se acredita en el proceso con el aporte de los registros civiles de los menores antes mencionados, están plenamente probado que eran hijos de la trabajadora -fallecida Cristina Morales Giralda.

También la Judicatura indicó en más de una oportunidad de que el Demandado no dio respuesta o contestación a la demanda, señalando dicho Despacho de que era un indicio grave en contra del señor Pablo Andrés Salazar Valencia, dejándose la constancia de ello en el proceso (record 03:01).

Así mismo señaló el a quo, que su tesis era manifestar desde ya, que la parte actora cumplió con la carga procesal de demostrar la prestación efectiva del servicio y por tanto se debía dar cabida a la presunción legal del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, razón por la cual se despacharía de forma favorable la mayoría de las pretensiones de la demanda.

En el análisis en conjunto de las probanzas arrimadas a la actuación procesal, sostiene el Despacho que en relación al contrato de trabajo se logró probar la prestación del servicio personal por parte de la fallecida, y por tanto, quedaba la trabajadora relevada de probar la existencia de los otros dos elementos del contrato de trabajo de acuerdo a la presunción legal del artículo 24 de la norma laboral sustancial, incluso haciendo mención a la sentencia No. 39259 del 17 de abril de 2013, sobre dicho tópico.

Del mismo modo el Juzgado de primera instancia en el análisis de las pruebas vertidas y debatidas al interior del proceso, hizo énfasis y en varias oportunidades de los testimonios depuestos por las señoras Gloria Elizabeth Gómez Suarez y Diana Marcela

Aguirre, indicado el Despacho que en términos generales si confirman los hechos en que se fundamentó la demanda (03:21:04). Para luego motivar de que en fi en termino generales ambas testigos confirmar los hechos en que se fundamenta la demandada y particularmente indicada el Despacho que le da mayor credibilidad (03:25:29) al testimonio de la señora Diana Marcela Aguirre Gómez, "siendo una testigo precisa, concreta que motiva las razones de su dicho.

3.- Finalmente el Despacho judicial dicta sentencia, donde en la parte resolutive

numeral primero declaró la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, estableciendo los extremos temporales de la relación laboral desde el 01 de agosto de 2009 hasta el 27 de diciembre de 2015.

Del mismo modo, en el numeral segundo ordena el pago de las prestaciones sociales de ley, y, a pagar a cargo del empleador o patrono Pablo Andrés Salazar Valencia, por cesantías causadas \$3.670.706.oo. Por Intereses sobre las cesantías \$422.703 .oo. Por concepto de sanción por no pago de los intereses sobre las cesantías \$422.703.oo. Por concepto de prima de prestación de servicios \$3.670.306.oo. Por vacaciones compensadas la suma de \$2.064.605.oo.

También en el numeral tercero condenó al demandado a pagar los aportes de seguridad social en pensión a nombre de la fallecida Cristina Morales Giraldo, desde el 01 de agosto de 20096, hasta el 27 de diciembre de 2015.

En el numeral quinto condenó al demandado al pago de las costas procesales en la suma de \$3.000.000.oo. Pero en el numeral CUARTO, que es el punto de reproche y desacuerdo dijo lo siguientes:

"CUARTO: Absolver al señor Pablo Andrés Salazar Valencia frente a todas las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del señor Robert Andrés Aguirre Gómez, quien actúa en nombre propio y de los menores Oscar Andrés Aguirre Morales, y Carlos Daniel Morales Giraldo, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído" (record 03:44:28), por lo anterior se sustentará las razones jurídicas de la relación.

DESACUERDO CONTRA LA DECISIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

PRIMERO: *El Despacho Judicial negó en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia No. 019 del 12 de noviembre 2019, todas las demás pretensiones incoada por la parte actora y absolviendo de las obligantes al demandado Pablo Andrés Salazar Valencia. Entre esa absolución de las obligaciones y de las pretensiones invocadas por el extremo activo, se encuentra la pretensión número quinta, donde se pide:*

"DECLARACIONES

(..)

QUINTA: Que se condene a los demandados apagar un día de salario por cada uno que se demore en el pago o consignación de las deudas laborales de conformidad con lo preceptuado en el art 65 del CST mod. Art. 29 de la ley 789 de 2012 sanción por mora que debe ser liquidada sobre la base de un salario mínimo legal mensual más la indemnización contemplada en la Ley 361 de 1997. "

Para este caso en concreto se debe advertir, que la imposición de esta sanción es procedente de acuerdo lo establecido en el artículo 65 del C.S.T., debido a que

Como quedó probado al interior del plenario, el demandado Pablo Andrés Salazar Valencia , al 27 diciembre de 2015 , y a fechas posteriores nunca pago las prestaciones sociales de ley a la trabajadora , siendo ello, una de las razones de la condena. Por el contrario, el compañero permanente de la trabajadora y sus hijos tuvieron que recurrir a la justicia laboral para hacer valer los derechos de su compañera y madre fallecida. Pero argumentó el Despacho Judicial y de manera unipersonal -pues así lo señaló el sentenciador- de que a dicha pretensión le era oponible la jurisprudencia sobre la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., haciendo mención a sentencia del 28 de junio de 1972 de la sala laboral de la alta corte, y dando lectura así:

"Se ha dicho que el artículo 65 del código sustantivo de trabajo no es aplicable en favor de los herederos interesados de un

trabajador que ha fallecido mientras prestaba sus servicios a un patrono o a una empresa hasta tanto se aclare debidamente la situación jurídica de estos frente al causante o mejor dicho hasta tanto la persona natural o jurídica que debe cubrir las prestaciones sociales tenga la plena seguridad de que quienes se han presentado a reclamarlas son legítimos herederos o interesados ya porque así lo hayan acreditado extrajudicialmente con los documentos de rigor, ya porque ha obtenido un fallo favorable para ellos con fuerza de ejecutoria" (Negrilla mía).

Es claro pues, que el Despacho judicial comete yerro al darle una interpretación errada de dicha jurisprudencia, pues de la misma se extrae y se indica que los herederos legítimos o interesados pueden acreditar tal situación de forma extrajudicial, y pues como está acreditado al interior del presente proceso, el demandante Robert. Andrés Aguirre Gómez, acreditó ser el compañero permanente de la señora Cristina Morales Giralda, y ello surge de la declaración extrajuicio notarial del 22 de julio de 2011 de la Notaria Única de La Unión Valle, rendida por aquellos a fines de ser afiliada la fallecida al sistema de seguridad social en salud, debido a la negativa del empleador Pablo Andrés Salazar Valencia. Igualmente se acreditó la calidad de herederos de Oscar Andrés Aguirre Morales, y Carlos Daniel Morales Giralda, con los registros civiles de nacimientos con indicativo serial No. 38972809 y NUIP 1112619780, e indicativo serial No. 31161639 y NUIP V3T0250667, en sus respectivos ordene, y si ello no hubiere sido así, el juzgado no los hubiera tenido como extremos activos del presente proceso.

Igualmente comete yerro el sentenciador de primera instancia en afirma que tampoco concede la pretensión, en razón a que es obligación del juez en cada asunto que conoce, auscultar si la conducta omisiva del empleador estuvo o no justificada con argumentos que puedan considerarse entendibles y justificables (03:33:43) que lleve al terreno de la buena fe. Para concluir que el sentenciado de manera unipersonal, manifestó no observa mala fe en el proceder del demandado (record 03:34:42), absolviendo de tal sanción.

Sobre lo anterior, y como ya se dijo, está equivocado el Despacho Judicial, pues es claro que el empleador al interior de esa relación laboral preexistente había actuado desde principio a fin

de mala fe¹ desde el pago de todas las acreencias laborales de la fallecida, como también su vinculación y pago a la seguridad social integral.

Tampoco podemos dejar de lado, lo advertido por el Despacho Judicial, al principio de la parte motiva de la sentencia, de que el demandado nunca contestó la demanda, siendo ello un indicio grave en contra de éste. Pero además, no se puede perder de vista, que el señor Pablo Andrés Salazar Valencia, no es una persona cualquiera, sino un comerciante de bastante experiencia, propietario de un establecimiento de comercio - así quedó probado en el proceso- con varios trabajadores a cargo, y a quien la ley le exige tener el deber y el conocimiento que a todo trabajador colombiano se debe pagar sus prestaciones sociales, y más aún cuando dicha relación laboral se termina.

Claro que sí; hay y existió mala fe del empleador al no pagar las prestaciones sociales de Ley a la fallecida, no al menos haber puesto dichos dineros a disposición de un Despacho Judicial laboral en una cuenta bancaria a fin de evitarse estas sanciones, pero así no lo hizo. Claro que su actuar fue de mala, puesto que se tuvo que llegar a un proceso judicial a fin de que se reconocieran y se ordenara el pago de las prestaciones sociales de ley que le correspondían a la fallecida , y el pago de las cotizaciones al sistema pensional!, puesto que no estamos hablando de una persona analfabeta . Por el contrario, dicho demandado es un reconocido comerciante en el municipio de La Unión y Toro Valle, por tanto, le era exigible una mediana prudencia en la contratación de personas, y por ende el, ser el patrono tenía conforme a la ley de dar cumplimiento a la ley laboral, y así no lo hizo.

En tanto, el Despacho Judicial se equivocó al reconocerle al Demandado de que no actuó de mala fe; por el contrario, es un empleador que actuó con conocimiento de causa de que estaba infringiendo la Ley laboral, y por ningún lado del proceso y de las pruebas arrimadas al mismo se puede evidenciar un actuar de buena fe, máxime cuando ni siquiera contestó la demanda.

SEGUNDO: *También el Despacho judicial niega la pretensión sobre que se condene al demandado al pago de la pensión de sobreviviente a los hijos de la causante, pretensión pedida en el punto cuarto, y que dice:*

"CUARTA: Que se condene a los demandados a pagar todos los aportes a fondo de pensiones a cargo del empleador correspondiente al 12% del salario mínimo legal mensual vigente (decreto 4982 de. 2007) por valor, durante los años laborados, de cinco millones setecientos ocho mil doscientos treinta y dos pesos (\$5.708.232) y en su defecto a que haya lugar se ordene el pago de la pensión de sobreviviente a favor de los hijos menores de la causante q.e.p.d. a partir del día siguiente del fallecimiento del causante, en la cuantía no inferior a salario mínimo que establece la ley, de conformidad con la base de cotización y las disposiciones legales sobre la materia. Alás las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año. "

La presente pretensión fue negada a la parte actora, y se absolvió al demandado por parte del Despacho Judicial, en el argumento que era pretensión subsidiaria y principal.

Para tal negativa, el Despacho Judicial fundó en que se trataba de dos pretensiones a la vez, y es como dijo:

"(..). Se formula esta pretensión de manera principal y dice de manera subsidiaria la pensión de sobreviviente atendida la forma como está formulada las pretensiones el Despacho se pronunciará exclusivamente sobre la pretensión principal que es el pago de aportes para pensión" (record 03:34) (Negrilla y subrayado mío).

Es de advertir, que el Despacho Judicial se "inventó" una pretensión principal y otra subsidiaria, que no están especificadas, ni anunciada en la pretensión cuarta, donde dicho sentenciador en el argumento de los motivos agrega la conjunción "o", la cual no se encuentra dentro de la pretensión.

Por el contrario, en la pretensión se lleva la conjunción "y" siendo una conjunción copulativa átona que denota adición en sentido afirmativo. De acuerdo a lo anterior, no se trató de pretensiones principales y subsidiarias, sino que es una pretensión inserta en un solo numeral, por lo cual tal decisión del Despacho Judicial fue en detrimento de los intereses de los menores Oscar Andrés Aguirre Morales, y Carlos Daniel Morales Giraldo, para lo cual en su interés superior debido darle cabida a la sanción pensión.

*Obsérvese que el argumento de la judicatura fue la supuesta existencia de dos pretensiones; pero sin duda alguna, debió haberle dado pertinencia al artículo 133 de la Ley 100 de 1993 en el asunto definido en la sentencia No. O 19 del 12 de noviembre de 2020, la cual es cuestionada en estos alegatos. Donde dicha disposición adicionó un requisito según el cual, para la imposición de la sanción pensión, el trabajador no debía estar afiliado al sistema general de pensiones por **omisión del empleador**.*

Bajo dicha perspectiva legislativa, se acreditó al interior del plenario la no referida afiliación por parte del patrono Pablo Andrés Salazar Valencia, de la señora fallecida Cristina Morales Giralda, y también como así mismo lo había señalado el Despacho Judicial en apartes de la motivación de la mencionada sentencia. Por lo anterior, dicha omisión y circunstancia hace procedente el reconocimiento de la pensión sanción, implorada a la luz de la Ley 100 de 1993 art. 133.

QUINTO: *Por otro lado es necesario señalar, que el Despacho Judicial guardó silencio y no se pronunció sobre la pretensión Décimo Tercera, concerniente a la indexación moratoria, debiendo condenar al demandado en la aplicación de la indexación a " las sumas de dinero por los cuales fuera condenado; con el agravante, de que en la parte motiva nada se dijo sobre dicha solicitud.*

Así, no advirtiéndose causal que potencialmente derogue lo efectuado en primera instancia, procede la Sala a decidir lo correspondiente, para lo cual se tienen en cuenta las siguientes,

CONSIDERACIONES

De conformidad con los recursos de apelación presentados por ambas partes, el problema jurídico a resolver radica en determinar lo siguiente:

1. Había lugar a que en virtud de las facultades ultra y extra petita, la primera instancia emitiera pronunciamiento referido a la pensión de sobrevivientes que puede llegar a corresponder a favor de los hijos menores de la causante CRISTINA MORALES, de conformidad con el contenido de la Ley “1098 de 2006”.

Sobre el punto, se tiene que alegó el apoderado judicial de la parte actora en la sustentación de la alzada, que de lo pretendido en el punto cuarto de las declaraciones pedidas al a quo, se desprende la necesidad de fallar ultra y extra petita, por lo que se **“debió haber ordenado el pago de la pensión de sobrevivientes a favor de los hijos menores de la causante, en este caso, de CRISTINA MORALES, puesto que en este momento, estamos de cara a un menor de edad y a otro mayor de edad pero que está desempeñando estudios.”**

Así, se tiene que, al revisar el contenido de la pretensión cuarta de la demanda, se observa que lo expresado por la parte activa es del siguiente contenido:

CUARTA: Que se condene a los demandados a pagar todos los aportes a fondo de pensiones a cargo del empleador correspondiente al 12% del salario mínimo legal mensual vigente (decreto 4982 de 2007) por valor, durante los años laborados, de cinco millones setecientos ocho mil doscientos treinta y dos pesos (\$5.708.232) y en su defecto a que haya lugar se ordene el

pago de la pensión de sobreviviente a favor de los hijos menores de la causante q.e.p.d a partir del día siguiente del fallecimiento del causante, en la cuantía no inferior al salario mínimo que establece la ley, de conformidad con la base de cotización y las disposiciones legales sobre la materia. Más las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año.

De la literalidad de lo pretendido por el extremo demandante, se tiene con suficiente claridad que hace referencia al pago de

aportes a la seguridad social en pensiones, dejados de efectuar durante el tiempo en que se anuncia, la hoy causante CRISTINA MORALES prestó servicios personales a favor del enjuiciado; asimismo que “*en su defecto*”, esto es, en lugar del pago de dichos aportes, “*se ordene el pago de la pensión de sobrevivientes a favor de los hijos menores de la causante.*”

Esto es, no hay lugar a dudas de que lo pedido fue de manera excluyente, en el entendido que, o se condenaba al demandado a pagar los aportes a que hubiera lugar por concepto del 12% del ingreso base de cotización de la señora MORALES, que en efecto determina en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente; o se imponía condena por el pago de la prestación pensional, ya no a cargo del sistema general de seguridad social integral, sino a cargo del demandado.

El *a quo* optó por ordenar el pago de aportes a la seguridad social en el subsistema de pensiones, a cargo de quien consideró empleador incumplido en dicha obligación, pues en la sentencia de primer grado se resolvió sobre el particular:

TERCERO: CONDENAR al señor PABLO ANDRÉS SALAZAR VALENCIA a afiliarse a la causante CRISTINA MORALES GIRALDO (Q.E.P.D.) , identificada con la C.C. 66'752.643, y a pagar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones ante la Administradora de Pensiones que elijan los actores, por los periodos comprendidos entre el 1º de agosto de 2009 y el 27 de diciembre de 2015, teniendo en cuenta para ello el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad y el cálculo actuarial respectivo, para lo cual los demandantes deberán manifestar dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión en qué fondo desea que se realicen tales aportaciones, de no hacerlo el demandado optará por cumplir dicha obligación en el fondo que él elija, conforme se explicó en la parte motiva de esta sentencia.

De acuerdo con lo argumentado por el apelante, es del caso referenciar lo pertinente a las facultades ultra y extra petita, las

cuales corresponden al juez de única o primera instancia y consistentes en la posibilidad para conceder en su fallo más de lo que se solicitó en la demanda.

En efecto, cuando se hace referencia a la facultad *extra petita*, se entiende que la misma corresponde a fallar «por fuera de lo pedido», siempre que lo otorgado así halle sustento probatorio en el respectivo legajo.

Por su parte, la facultad *ultra petita* hace alusión a decidir «más allá de lo solicitado», siempre y cuando se tenga prueba que soporte el fallo.

Lo anterior se desprende con suficiente claridad del contenido del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, norma que dispone:

“ARTICULO 50. EXTRA Y ULTRA PETITA. *<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.”*

La disposición atrás transcrita fue declarada inexecutable en el apartado “*de primera instancia*”, en razón a que dichas facultades *extra* y *ultra petita* también corresponden al juez de única instancia.

Así se determinó en sentencia C-662 de 1998 emanada de la Corte Constitucional, proveído que, en lo pertinente, expuso:

“Por las razones expuestas, dentro de la potestad integradora de esta Corte para revisar la totalidad de la preceptiva legal demandada, conforme a la jurisprudencia de la Corporación, la Sala estima que la misma no contradice el ordenamiento superior, salvo en la expresión "de primera instancia", como así se declarará en la parte resolutive del presente fallo. En consecuencia, los jueces laborales de única instancia en adelante están facultados para emitir fallos con alcances extra o ultra petita, potestad que se ejerce en forma discrecional, con sujeción a las condiciones exigidas, esto es, que los hechos en que se sustenta el fallo con esos alcances se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados.”

Siguiendo con la norma que regula el punto, el fallar ultra y extra petita es una facultad discrecional del juez de única y de primera instancia en materia del trabajo y de la seguridad social, esto es, no se impone en la norma la obligación o deber de así hacerlo.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia radicada al número 43673 del 21 de agosto de 2013, enseñó:

«Dicha autoridad no se refirió siquiera someramente en torno a la procedencia de la sanción contenida en el artículo 1 del decreto 797 de 1949, por lo que, asume la Corte, prefirió no hacer uso de las facultades ultra y extra petita previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (fls. 512 a 523), pues como lo dijo la Sala en la sentencia del 9 de febrero de 2010, Rad. 32514, “(...) el ejercicio de las facultades extra y ultra petita es discrecional, y no obligatorio, tal como expresamente se consagra en el artículo 50 del CPTSS: El juez...podrá...”»

Ahora, las facultades ultra y extra petita no habilitan al juez para que de acuerdo a su voluntad, falle de manera caprichosa o amañada, pues se requiere para proferir fallo en uso de las mismas, el cumplimiento de algunos requisitos que fueron explicados por la máxima Corporación de la Justicia Social en el país, la que en sentencia SL3614-2020, para el caso de la extra petita señaló los siguientes: i) que los hechos que originan la decisión hayan sido discutidos en el proceso; y ii) que tales hechos estén debidamente acreditados; mientras que para emitir fallo en ultra petita, se exige: i) que la petición impetrada en el escrito inicial sea inferior a la estatuida en la norma laboral y ii) que del juicio no emerja que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador por parte del empleador obligado.

Sobre el particular también aparece pronunciamiento de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la que, en seguimiento de la jurisprudencia marcada por la Sala Permanente de Casación, explicó en sentencia SL4285-2019 fechada el 1° de octubre de 2019, lo siguiente:

“Sin embargo, también se advierte que así procedió el Juez, tras encontrar, como debía, aunque implícitamente, según lo explicado por la jurisprudencia de la Sala, entre otras en las sentencias CSJ SL913-2013 y CSJ SL2808-2018: i) que no existía controversia entre las partes, en que la base salarial del pensionado no había sido actualizada, a pesar de que el vínculo laboral terminó en 1993 y el reconocimiento pensional devino en el año 2000, esto es, sin alterar el marco fáctico litigioso; ii) que la indexación de la prestación era procedente, conforme a los criterios jurisprudenciales aplicables, en suma superior a la peticionada, es decir, después de verificar que al actor, le correspondía legalmente un monto que se encontraba por encima del pretendido y, iii) que, como Juez de primer grado, estaba facultado para aplicar la excepción al principio de congruencia del artículo 305 del CPC,

ínsito en el artículo 50 del CPTSS y condenar a la suma que, como no se discutió, no había sido pagada por la recurrente.

En efecto, tales son las condiciones que deben verificarse cuando el Juez de primera o única instancia, procede a dictar una condena ultra petita, sin que ésta pueda calificarse como sorpresiva, a pesar de ser una excepción al principio de congruencia, conforme lo anotó la Sala en la sentencia CSJ SL913-2013 al explicar en torno a los artículos 305 del CPC y 50 del CPTSS, que:

"[...] la sentencia que dicta el Juez debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, así como en las demás oportunidades previstas procesalmente, debe observar igualmente las excepciones que aparezcan probadas, las cuales puede declarar de oficio, salvo que se necesite alegación expresa del medio exceptivo por la parte interesada. Lo obliga también a no condenar al demandado por cantidad superior u objeto distinto del pretendido en la demanda, no por causa diferente a la invocada en esta. Estas previsiones para el Juez surgen del principio de congruencia que tiene consagración normativa en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Es decir, el funcionario judicial está sometido al marco jurídico procesal que le fijen las partes y al que le permite la legislación procesal en eventos taxativamente determinados pero que contienen algunas excepciones.

Dicho principio es consustancial a la naturaleza del derecho procesal, pues respeta estrictamente el axioma de contradicción y el de defensa. Permitir al Juez decidir arbitraria o caprichosamente significaría darle una potestad de la que fácilmente puede abusar y que conllevaría fatalmente a una injusticia que va en contravía de la función que por esencia debe cumplir, cual es la de administrar justicia.

Desde sus inicios, para la legislación procesal laboral el referido principio no tenía contenido absoluto, pues el artículo 50 del Estatuto Adjetivo le dio la posibilidad de fallar extra y ultra petita, o sea por fuera de lo pedido o más allá de lo pedido.

Sin embargo, para lo primero se necesita una condición para que se pueda fallar más allá de las pretensiones de la demanda y es que los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, como atrás se anotó. De esa manera se sigue garantizando el postulado fundamental procesal del respeto a la defensa y a la contradicción. Es decir que esa facultad se deriva de lo discutido en el proceso y de las pruebas que lo demuestren, etapa que supone que para las partes no son desconocidos dichos hechos, ni tampoco las pruebas que los acrediten en tanto han tenido la oportunidad de ejercer los actos propios de defensa y contradicción. Desde esa perspectiva es indiscutible que una condena en tal sentido, no puede ni resultar sorpresiva para las partes.

Para lo segundo el Juez debe observar si las sumas demandadas o pretendidas están ajustadas a la ley, pues si las solicitadas son inferiores al monto que legalmente corresponde y además no están pagadas, puede condenar por sumas mayores. En esta hipótesis tampoco una condena en esa dirección puede resultar imprevista, en tanto quedan sometidas a lo que la ley dispone".

Y en la sentencia, CSJ SL2808-2018, al orientar:

"[...] la facultad extra petita -por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.

Y por su parte, la ultra petita -más allá de lo solicitado- exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor."

De suerte que el sentenciador colegiado no pudo infringir directamente el artículo 305 del CPC, como lo reclama el primer cargo, pues el uso de las facultades del artículo 50 del CPTSS, implican una excepción al principio de congruencia que regula la primera normativa, por lo que aquella disposición

resulta excluida en su aplicación, en tanto que, en casos como los descritos, no es la llamada a regular el aspecto procesal definido en segunda instancia, es decir, que el Juez unipersonal condenó por encima de lo pedido.

Por las mismas razones, tampoco resulta viable afirmar que el sentenciador lo aplicó indebidamente, según lo adjudica la censura en el segundo ataque, porque no fue la disposición normativa a la que acudió, para arribar a esa conclusión».

Y en sentencia SL4398-2020 proferida el 20 de octubre de 2020, la misma Corporación explicó lo concerniente a las facultades ultra y extra petita del juez, la consonancia del recurso de apelación y la congruencia de la sentencia.

Siendo todo lo anterior así, no se puede afirmar que el *a quo* se encontraba en el deber de proferir fallo en uso de las facultades ultra y extra petita en relación con una pretendida pensión de sobrevivencia, que primero no se solicitó y, segundo, no fue discutida ni en su configuración ni en su titularidad como beneficiarios.

No se puede indicar tampoco que la obligación del *a quo* de fallar en los términos pretendidos en la alzada por el apoderado del actor, deriva del contenido de la Ley 1098 de 2006, en el entendido que se pueden presentar derechos a favor de menores de edad.

Es que si se observa con detenimiento el contenido de dicho compendio normativo, se tiene el mismo corresponde al Código de la Infancia y la Adolescencia, el que si bien tiene como finalidad “(...) *garantizar a los niños, a las niñas y a los*

adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (...); también corresponde a una normatividad especialmente diseñada para la prevención, manejo y trámite de diferentes situaciones administrativas y legales en las que se puede ver involucrado un menor de edad, y, para el caso bajo estudio, el litigio fue adelantado en torno a una relación de trabajo que dice la parte actora se presentó entre la causante madre de dos menores y un empleador que, conforme a la demanda y a lo resuelto por el a quo, se dice incumplió sus obligaciones laborales.

En este orden de ideas, el primer punto materia de apelación por la parte actora queda resuelto y por lo expresado se obliga la Sala a confirmar la decisión de primera instancia sobre el particular.

2. Era procedente impartir **condena por indexación**, frente a todas y cada una de las condenas impuestas en primera instancia, conforme lo solicitado en el hecho décimo tercero del escrito genitor.

Para dar respuesta al punto de apelación indicado, debe señalarse en primer lugar que, en el acápite de pretensiones, punto décimo tercero, la parte actora indicó:

DECIMO TERCERO: LIQUIDACIÓN FINAL E INDEXACIÓN MORATORIA: Que el señor Juez condene al demandado a pagar todas y cada una de las antedichas sumas aplicándole la indexación legal a que haya lugar.

Frente al tema de la indexación en materia laboral, señala la Sala que la misma corresponde a la actualización del peso colombiana, de acuerdo con el paso del tiempo, o para decirlo

más técnicamente, es el procedimiento a través del cual se fija un valor determinado en dinero, de acuerdo con algunas variables que se aplican de manera proporcional al paso del tiempo, con la intención de obtener el ajuste de la moneda a un cálculo del valor real.

La Corte Constitucional ha enseñado sobre el particular, que la indexación en materia laboral es el ajuste salarial y pensional motivado en la desvalorización o valorización de la moneda; es decir, es traer a valor presente una suma de dinero, entendiendo que la misma sólo aplica para casos en los que la legislación laboral no ha realizado ninguna determinación específica con respecto al monto sobre el que se pretende ejecutar dicho ajuste.

Revisado el audio que contiene lo ocurrido en la audiencia de que da cuenta el artículo 80 del estatuto adjetivo laboral, misma en la que se profirió la sentencia de primera instancia, queda claro que el juzgado no emitió pronunciamiento referente a la pretendida indexación.

No obstante, al revisar la providencia se verifica que en el punto cuarto de la parte resolutive de la decisión de primera instancia, se dispuso:

CUARTO: ABSOLVER al señor PABLO ANDRÉS SALAZAR VALENCIA frente a todas las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del señor ROBERT ANDRÉS AGUIRRE GÓMEZ, quien actúa en nombre propio y en el de los menores ÓSCAR ANDRÉS AGUIRRE MORALES y CARLOS DANIEL MORALES GIRALDO, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Esto es, todas las pretensiones no otorgadas, quedaron incluidas en la absolución dispuesta en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia del a quo, entre las que figura la

indexación de las sumas correspondientes a las pretensiones que sí lograron condena.

Así, volviendo al recurso de la parte actora, considera la Sala que al haberse solicitado la indexación de las sumas reconocidas por el juzgador de primer grado, sin que saliera avante la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo pedida en el numeral cuarto del apartado de pretensiones; como se evidencia de la demanda y del audio de la respectiva sentencia; y al haberse determinado que los derechos laborales de la señora CRISTINA MORALES GIRALDO correspondían al periodo laborado entre el 1° de agosto de 2009 y el 27 de diciembre de 2015, es evidente que entre dichas datas y el momento en que se presente el pago de las condenas impuestas por cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, compensación en dinero de vacaciones y sanción por no pago de intereses a las cesantías, habrá pasado un tiempo considerable que lleve a la devaluación del valor fijado por el juzgado, por lo que el demandado debiera INDEXAR las sumas correspondientes a los derechos laborales indicados en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, de acuerdo con el IPC vigente al momento del pago efectivo.

En los anteriores términos se adicionará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de referir lo indicado respecto a la indexación.

Por último, en lo que tiene que ver con la intervención de la parte llamada a juicio, al escuchar con detenimiento lo expuesto por el apoderado judicial, evidencia la Sala que su participación con posterioridad a la sentencia de primera instancia, no

corresponde en sí a una apelación, pues señala en varias oportunidades el referido abogado, que su intención es que se dé aplicación por parte de esta instancia al principio de la *no reformatio in pejus*, según él, para que el señor demandado no resulte condenado a la pensión de sobrevivientes en fallo ultra y extra petita ni a la indexación deprecada, derechos que no fueron otorgados a favor de la parte actora.

Es que no hace alusión el mencionado abogado a su inconformidad frente a las condenas que se impusieron a su representado, pues su intervención se limita a refutar lo indicado por su contra parte en la sustentación de la alzada del actor, no así a desvirtuar propiamente las obligaciones que a través del respectivo fallo se impusieron al señor PABLO SALAZAR.

Así, es claro que refutar lo pedido por el actor en su apelación, no constituye recurso de alzada ante esta Sede.

En dicho orden de ideas, al no salir avante lo referente al fallo ultra y extra petita frente a la posible pensión por sobrevivencia que pueda llegar a corresponder a los hijos de la trabajadora fallecida y al haberse resuelto a favor del demandante lo relativo a la indexación de las condenas, lo argumentado por el mencionado abogado queda relevado de pronunciamiento alguno por parte de la Sala.

Nótese que el apoderado judicial del demandado hace énfasis en su intervención a que se encuentra de acuerdo con la providencia de instancia; no ataque la existencia de un contrato

de trabajo o las condenas que de dicha declaratoria impone el fallador de inicio.

En efecto, se limita la intervención del mencioando profesional del derecho a indicar que su mandante no debe ser condenado por derechos no considerados por el juez en su providencia y que, solo en caso de que la Sala asuma el conocimiento de este asunto, frente a la totalidad del mismo, se debe cuestionar lo referente a la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y a la tacha de testigos.

Pero resulta que no se conoció de la totalidad del asunto, solamente de los puntos plasmado en el verdadero recurso de apelación que fue el presentado por la parte actora; lo anterior, bajo el entendido de la congruencia que se maneja en esta Sede Judicial y en atención a que el asunto no fue conocido en grado jurisdiccional de consulta.

Subsiguientemente, debe esta instancia ratifica la decisión de primer grado, con la adición ya referida frente al numeral primero de la parte resolutive de la misma, sin que haya lugar a imponer costas en esta sede, en razón al resultado de la apelación presentada por la parte activa.

DECISIÓN

Por todo lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, Valle del Cauca,

administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

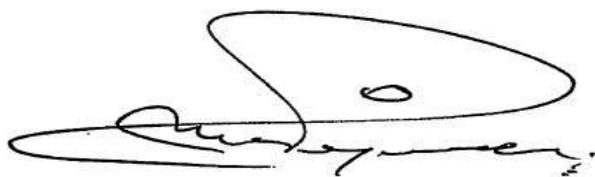
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia No. 019 del 12 de noviembre de 2020, proferida por el JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE ROLDANILLO -VALLE DEL CAUCA, dentro del asunto de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** al demandado a **INDEXAR** las sumas correspondientes a los derechos laborales indicados en el mismo acápite, de acuerdo con el IPC vigente al momento del pago efectivo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta sede.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta sentencia por edicto, conforme al numeral 3º) del literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, durante la vigencia del Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020.



MARÍA MATILDE TREJOS AGUILAR
Ponente

Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Consuelo Piedrahita Alzate

CONSUELO PIEDRAHITA ALZATE

Firmado Por:

**Maria Matilde Trejos Aguilar
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Buga - Valle Del Cauca**

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: **bdc3022aea82f28036170a9b81ab220f3831865b4c8e0f7218a238add743931b**

Documento generado en 07/02/2022 10:09:13 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>